This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

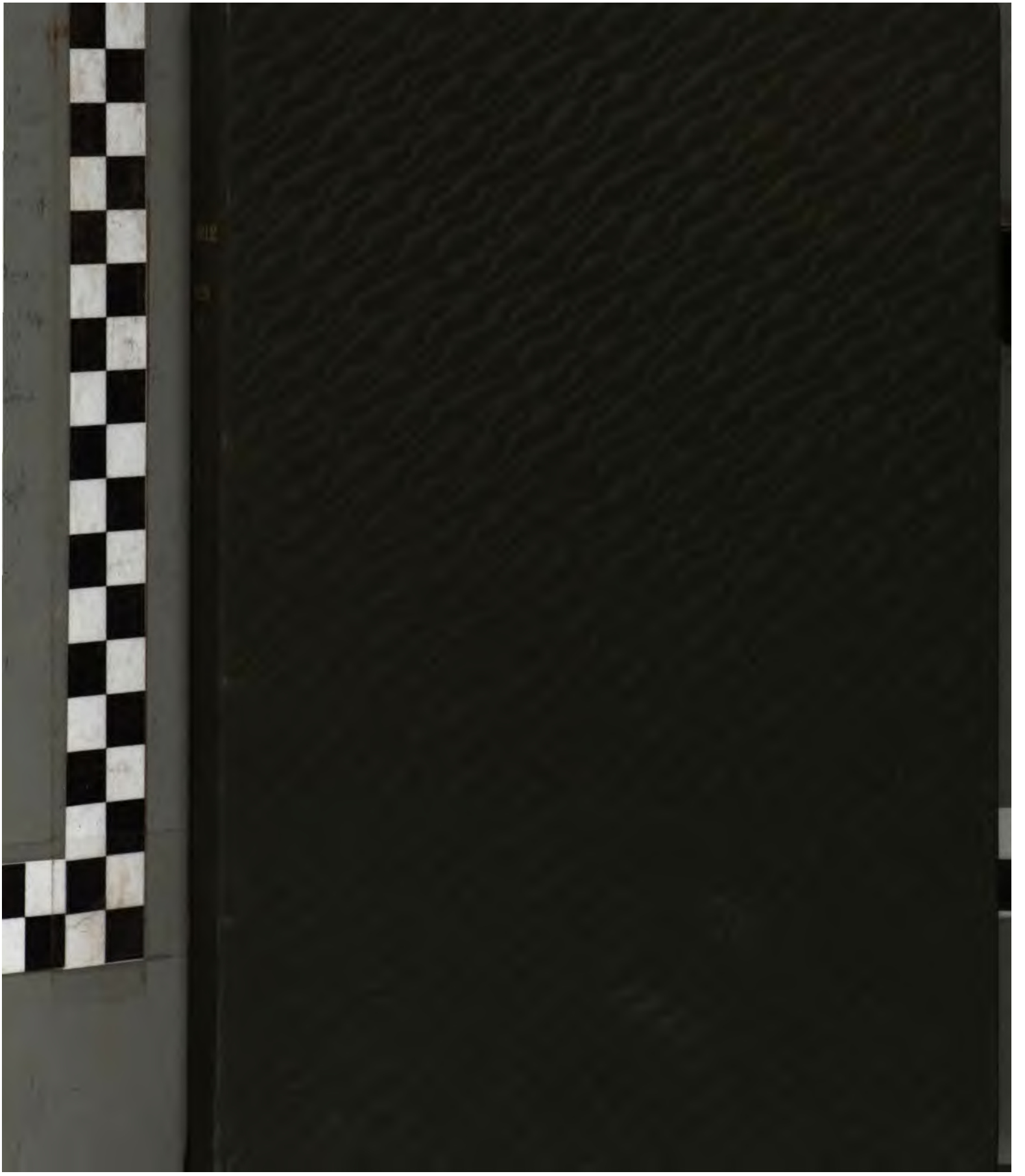
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`



60001610 H

L.E.W. 14 d.2

Die

Beweistheorie

im canonischen Proceß

mit besonderer Rücksicht auf die Fortentwicklung derselben im gemeinen deutschen Civilproceß.

Von

Dr. Carl Groß.

k. k. Regierungsrath und ord. Professor der Rechte an der k. k. Universität in Graz

II. Besonderer Teil.

Innsbruck.

Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung.

1880.

Die

Beweistheorie

im canonischen Proceß

mit besonderer Rücksicht auf die Fortentwicklung derselben im gemeinen deutschen Civilproceß.

Von

Dr. Carl Groß,

k. k. Regierungsrath und o. ö. Professor der Rechte an der k. k. Universität in Graz.

II. Besonderer Teil.

Innsbruck.
Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung.
1880.

Das

Beweisverfahren

im canonischen Proceß

mit besonderer Rücksicht auf die Fortentwicklung desselben im gemeinen deutschen Civilproceß.

Von

Dr. Carl Groß,

k. k. Regierungsrath und o. ö. Professor der Rechte an der k. k. Universität in Graz.

Innsbruck.
Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung.
1880.

BODLEIAN
24 FEB 1934
LIBRARY

Druck der Wagner'schen Universitäts-Buchdruckerei.

Einleitung.

Nach dem Systeme, welches ich der Bearbeitung der Beweistheorie im canonischen Processe gleich von Anfang an zu Grunde legte und schon in dem I. (allgemeinen) Teile (S. 16. 17.) anführte, hat der nunmehr folgende II. (besondere) Teil die Lehre von den einzelnen Beweismitteln zu umfassen und soll in drei Abschnitte zerfallen:

1.) Begriff und Einteilung der einzelnen Beweismittel und die zur Beweiskraft derselben notwendigen Erfordernisse.

2.) Das bei Anwendung der einzelnen Beweismittel im canon. Processe zu beobachtende Verfahren.

3.) Die richterliche Würdigung des mit den einzelnen Beweismitteln gewonnenen Resultates (Herstellung des Beweises, Mißlingen der Beweisführung.).

Einer ausführlichen Rechtfertigung bedarf diese Zergliederung des besonderen Teiles der Beweislehre wol nicht; denn dieselbe liegt so sehr in der Natur des zu behandelnden Gegenstandes, daß, wenn man weniger auf die größtenteils in individuellen Anschauungen gegründeten formellen Einteilungen, als auf die sachliche Behandlung des Gegenstandes sieht, man wol sagen darf, daß dieß jene Art der Behandlung ist, in welcher alle selbstständigen Bearbeitungen der Beweislehre übereinstimmen[1]). Denn notwendig muß die Beweislehre Auskunft geben über das Wesen und die Eigentümlichkeiten jedes einzelnen Beweismittels, sowie über die Gründe, welche das-

[1]) Vgl. z. B. v. Tevenar: Theorie der Beweise im Civilproc. (Magdeburg und Leipzig. 1780). S. 8—10; v. Globig: Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit (Regensburg 1806.) II. 3. Abschn. u. ff; Schneider: Vollständige Lehre vom rechtl. Bew. Neu herausgeg. v. Hofmann (Gießen. 1842.) S. 57 u. ff. S. 258 u. ff; Bentham: Theorie des gerichtl. Bew. (Berlin. 1838.) S. 61 u. ff., S. 348 u. ff; Best: Grundzüge des englischen Beweisrechts, herausgegeben von Marquardsen (Heidelberg. 1851.) § 107 u. ff., § 355 u. ff., § 392 u. ff; Endemann: Die Beweislehre des Civilproc. (Heidelberg. 1860.) § 43 u. ff., § 60 u. ff., § 64 u. ff., § 101 u. ff: Langenbeck: Die Beweisführung in bürgl. Rechtsstr. (Leipzig. 1858—1861.) 3. Abtlg. Nr. XV—XXI; Mittermaier: Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafproc. (Darmstadt. 1834.). § 21 u. ff., § 26 u. ff. u. a. m.

selbe zu seiner Verwendung für die Ueberzeugungsbildung des Richters geeignet machen, sie muß die Art und Weise (resp. die processualischen Formen) entwickeln und darstellen, in welcher einerseits die Parteien von dem betreffenden Beweismittel im Processe Gebrauch zu machen haben und andererseits der Richter die in demselben liegenden Ueberzeugungsgründe daraus entnehmen und feststellen kann und sie muß sich schließlich auch mit der Frage beschäftigen, ob und inwieweit das einzelne Beweismittel schon für sich allein oder nur in Verbindung mit anderen seinen Zweck zu erreichen vermag. Daß nun Alles dieses, wenn man schon die Beweislehre in einen allgemeinen und besonderen Teil scheidet, gerade den letzteren ausmacht, liegt auf der Hand. Es lassen sich daher auch alle die angeführten Punkte an jeder wissenschaftlichen Darstellung der Beweislehre nachweisen, mag auch die äußere Anordnung der Erörterungen noch so verschiedenartig ausgefallen sein[*]); mir aber scheint es für die Klärung der Sache förderlich, diese Punkte, auf welche es eben ankommt, schon gleich von Vornherein durch ihre Hervorhebung in der systematischen Einteilung zu markiren.

Die hier angeführten Momente sind natürlich an jedem einzelnen der bereits im I. Teile S. 99—112 aufgezälten und kurz besprochenen Beweismittel zu untersuchen und dabei muß der Natur der Sache nach die gleichfalls im I. (allgem.) Teile S. 7—12 bereits motivirte Dreiteilung des canonischen Processes in das Verfahren außer Strafsachen (doch mit Ausschluß der spirituellen An-

---

[*]) Am Deutlichsten tritt dieß hervor in den einzelnen Lehr- und Handbüchern des Civil- und Strafproc., bei welchen die äußere Anordnung der Materien in der Beweislehre selbstverständlich in untrennbarem Zusammenhange mit dem für die gesammte Proceßlehre angenommenen Systeme steht; s. z. B. Bayer: Vorträge über den gem. ordtl. Civproc. (10. Aufl. München. 1869.) S. 759 u. ff; v. Grolmann: Theorie des gerichtl. Verf. in bgl. Kstr. (5. Aufl. Giessen. 1826.) § 84 u. ff., § 132 u. ff., § 188 u. ff; Heffter: System des dtsch. Civilproceßrechts. (2. Aufl. Bonn 1843). § 221 u. ff., § 367 u. ff; Linde: Lehrbch. des dtsch. gem. Civproc. (6. Aufl. Bonn. 1845.) § 253—322; Martin: Lehrbch. des dtsch. gem. bgl. Proc. (12. Aufl. Heidelberg 1838.) § 127 u. ff., § 185 u. ff; dazu Gensler: vollständiger Commentar herausgegeb. von Guyet (Heidelberg. 1825.) und Martin Vorlesungen herausgeg. v. Th. Martin (Leipz. 1855—1857.) II. § 127 u. ff., § 179 u. ff; Mittermaier: Das deutsche Strafverfahren (2. Aufl. Heidelberg 1840.) § 86 u. ff., § 141. § 157 u. ff; Osterloh: Der ordtl. bgl. Proc. nach kgl. sächs. R. (3. Aufl. Leipzig. 1851.) § 252—299. § 302—304; Plank: Systemat. Darstellung des deutschen Strafverf. (Göttingen 1857.) § 86 u. ff., § 127 u. ff; Schmid Handbuch des gem. deutsch. Civilproc. (Kiel 1843—1845.) II. § 115 u. ff; Reinhardt: Handbch. des gem. dtsch. ordtl. Proc. (Stuttgart. 1822.) § 161 u. ff. § 381 u. ff; Endemann: Das deutsche Civilproceßrecht. (Heidelberg 1868.) § 178—226; Renaud: Lehrbch. des gem. dtsch. Civilproceßrechts (2. Aufl. Leipzig und Heidelberg 1873.) § 109 u. ff., § 208 u. ff; Wetzell: System des ordtl. Civproc. (2. Aufl. Leipzig 1865.) § 21—29. § 45. 70. 71; Zachariae: Handbch. des dtsch. Strafproc. (Göttingen. 1861—1868.) § 98 u. ff., § 130. 131. 142 u. ff. Vgl. dazu auch Böcking: Grundriß zu Vorlesungen über den gem. dtsch. Civproc. (Bonn 1852.) § 89 u. ff; Ruborff: Grundriß zu Vorlesungen über den gem. u. preuß. Civproc. (Berlin 1837.) § 59—69.

gelegenheiten), Verfahren in Straffachen und in das Verfahren in spirituellen Angelegenheiten wesentlich berücksichtiget werden. In der Erörterung des ersten und dritten der oben hervorgehobenen Abschnitte läßt sich diese Berücksichtigung auch ohne besondere Abteilung der Darstellung in vollkommen ausreichendem Maße durchführen; für die Behandlung des zweiten, das Verfahren mit den einzelnen Beweismitteln umfassenden Abschnittes hingegen erscheint mir auch die äußere Abteilung der Darstellung nach den erwähnten Arten des canonischen Processes unerläßlich und darnach ergibt sich für die Behandlung des ganzen II. (besonderen) Teiles von selbst die nachfolgende systematische Gliederung:

I. Abschnitt:

Begriff und Natur der einzelnen Beweismittel, Erfordernisse ihrer Beweiskraft.

1. Capitel.

Der gerichtliche Augenschein.

2. Capitel.

Die Zeugenaussage.

3. Capitel.

Das Gutachten Sachverständiger.

4. Capitel.

Die Urkunden.

5. Capitel.

Die Parteieneide.

6. Capitel.

Die Indicien.

II. Abschnitt:

Das bei Anwendung der einzelnen Beweismittel im canonischen Processe zu beobachtende Verfahren.

1. Capitel.

Verfahren beim Beweise durch den Augenschein.

a.) Im Verfahren außer Straffachen.
b.) Im Verfahren in Straffachen.
c.) Im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten.

2. Capitel.

Verfahren beim Zeugenbeweise.

a.) Im Verfahren außer Straffachen.
b.) Im Verfahren in Straffachen.
c.) Im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten.

3. Capitel.

Verfahren beim Beweise durch Sachverständige.

a.) Im Verfahren außer Straffachen.

b.) Im Verfahren in Straffachen.
c.) Im Verfahren in ſpirituellen Angelegenheiten.

4. Capitel.

Verfahren beim Urkundenbeweiſe.
a.) Im Verfahren außer Straffachen.
b.) Im Verfahren in Straffachen.
c.) Im Verfahren in ſpirituellen Angelegenheiten.

5. Capitel.

Verfahren beim Beweiſe durch den Eid.
a.) Im Verfahren außer Straffachen.
b.) Im Verfahren in Straffachen.
c.) Im Verfahren in ſpirituellen Angelegenheiten.

6. Capitel.

Verfahren beim Indicienbeweiſe.
a.) Im Verfahren außer Straffachen.
b.) Im Verfahren in Straffachen.
c.) Im Verfahren in ſpirituellen Angelegenheiten.

7. Capitel.

Verfahren bei Verwendung verſchiedener Beweismittel (zuſammengeſetzte Beweisführung).
a.) Im Verfahren außer Straffachen.
b.) Im Verfahren in Straffachen.
c.) Im Verfahren in ſpirituellen Angelegenheiten.

III. Abſchnitt:

Die richterliche Würdigung des Reſultates der Beweisführung.

1. Capitel.

Beim Beweiſe durch den Augenſchein.

2. Capitel.

Beim Zeugenbeweiſe.

3. Capitel.

Beim Beweiſe durch Sachverſtändige.

4. Capitel.

Beim Urkundenbeweiſe.

5. Capitel.

Beim Beweiſe durch den Eid.

6. Capitel.

Beim Indicien- und zuſammengeſetzten Beweiſe.

I. Abschnitt.

Begriff und Natur der einzelnen Beweismittel, Erfordernisse ihrer Beweiskraft.

---

1. Capitel.

Der gerichtliche Augenschein*).

Unter Augenschein begreift man die eigene sinnliche Wahrnehmung des Richters über einen im Processe zu erweisenden Thatumstand. Die sprachliche Bezeichnung bleibt, wie von selbst auffällt, hinter dem Begriffe einigermaßen zurück, da sich der letztere eben nicht auf die Wahrnehmung durch das Gesicht beschränkt, sondern jede Sinneswahrnehmung umfaßt[1]). Mit Rücksicht auf die verschiedene Bestimmung der Begriffe von Beweis und Beweismittel und auf die verschiedene Auffassung des Verhältnisses der sinnlichen Wahrnehmung des Richters zu seiner Ueberzeugungsbildung wurde zwar dem Augenscheine die Natur eines eigentlichen Beweismittels im Civilprocesse wenigstens geradezu und

---

*) Umfassende Literaturangaben darüber enthält: Osterloh l. c. § 280. Note 1. S. dazu: v. Globig l. c. I. S. 87 u. ff. II. S. 256 u. ff. Bentham l. c. S. 174 u. ff. Best l. c. S. 173 u. ff. Reinhardt: Handb. des gem. dtsch. ordt. Proc. (Stuttgart 1823.) I. § 150. v. Tevenar: Theorie der Bew. im Civilproc. (Magdebg. u. Leipzig. 1780.) S. 57 u. ff. S. 66 u. ff. Hefftter: l. c. § 221, 235, 397. Endemann Beweislehre § 22 u. Civilproc. § 185. Langenbeck: l. c. S. 426 u. ff. Wetzell: l. c. S. 469 u. ff. Renaud: l. c. § 109. Zink: Ueber die Ermittlung des Sachverhalts im französ. Civilproc. (München. 1860.) S. 499 u. ff. A. Freih. v. Wevelt: Zur Lehre vom gerichtl. Augenschein im Civilproc. (München 1877.). Mittermaier die L. v. Bew. § 15, 21 u. ff. u. dtsches Strafverf. I. § 90 u. ff. II. § 159 u. ff. Zachariae l. c. II. § 102, 142, 143. Blanck deutsches Strafverf. (Göttingen 1857.) § 86. 132.

[1]) Um die Bezeichnung zu rechtfertigen, bedarf es der von Einigen (s. Langenbeck l. c. S. 427 Note a.) hervorgesuchten Begründung: „weil das Gesicht doch immer wenigstens mit in Function trete", wol nicht; „die Benennung ist eben nur a potiori hergenommen". Bayer: Vorträge cit. S. 819. Wevelt l. c. S. 1, 54, 55.

[illegible] das und der Rich[illegible] [illegible] im Strafproceß [illegible] Augenschein [illegible] unmittelbare Grund seiner Wahrnehmung nicht d[illegible] [illegible] auch [illegible] gefolgte Ueberzeugung des Richters. Denn soll die sinnliche Wahrnehmung überhaupt ein Bedeutung für die Ermittelung der Wahrheit im Processe haben, dann da der Richter das von ihm selbst Wahrgenommene nicht so ohneweiters acceptire sondern er muß dasselbe sorgfältiger Prüfung durch geistige Reflexion unterwerfe und sich fragen, ob bei seiner Wahrnehmung nicht Umstände obwalteten, dur welche Irrtümer gemacht werden konnten u. dgl. Das heißt, der Richte muß sich auf Grund seiner eigenen sinnlichen Wahrnehmung die Ueberzeugun von der Wahrheit der wahrgenommenen Thatsache geradeso gut erst bilde wie etwa auf Grund der Zeugenaussage oder des Gutachtens Sachverständige die eigene sinnliche Wahrnehmung des Richters steht in demselben Verhältnis zu seiner Ueberzeugungsbildung, wie die Zeugenaussage, sie involvirt die Gründ für die Ueberzeugungsbildung, vermittelt dieselbe, ist also (vgl. I. Teil S. 19 104 106) Beweismittel, u. z. nicht bloß Beweismittel im wahren, eigent lichen Sinne, sondern auch ein besonders taugliches Beweismittel insofern, al die darin gebotenen Ueberzeugungsgründe eben von besonderer Stärke sind[3]. Anwendbar ist dieses Beweismittel freilich nur dann, wenn der Richter al solcher und für sich allein den im Processe zu erhärtenden Thatumstan mit eigenen Sinnen vollkommen wahrnehmen kann, denn wenn die gewön lichen Kenntnisse des Richters nicht ausreichen, um diese Wahrnehmung zu mache wenn es dazu einer eigenen Kunstfertigkeit oder besonderer Sachkenntnisse bedar dann kann eben nicht bloß von keinem „reinen Augenscheinbeweise", sonder dann kann überhaupt von keinem Augenscheinbeweise die Rede sein[4], es mu

[3] [illegible] II [illegible] 31 [illegible] S. 405 u. ff. [illegible] S. 16[illegible] 164 [illegible]

[4] [illegible]

zu einem anderen Beweismittel (dem Befunde Sachverständiger) gegriffen werden und die eigene sinnliche Wahrnehmung des Richters kann da, soweit sie überhaupt für ihre Bethätigung noch Raum findet, nur zur Kräftigung dieses anderweitigen Beweismittels dienen, wie ja überhaupt der richterliche Augenschein im Processe auch in einer anderen Verwendung, als in der eines Beweismittels vorkommen kann[5]). Daß, wie gesagt, ein im Processe entscheidender Thatumstand so einfach liegt, wird allerdings namentlich im Civilprocesse nur verhältnißmäßig selten vorkommen, allein das hat auf die Bedeutung und Wirkung des richterlichen Augenscheins als Beweismittel, wo es eben in der That anwendbar ist, keinen Einfluß. Ebenso wenig kann, soweit dieses Beweismittel überhaupt anwendbar ist, die Selbstständigkeit desselben, seine Unabhängigkeit von der Mitwirkung oder Zuziehung sei es einfacher Zeugen, sei es Sachverständiger in Zweifel gezogen werden. Denn der in demselben liegende Beweisgrund ist die eigene Wahrnehmung des Richters und die daran sich anschließende geistige Reflexion desselben; wenn sich diese nun überhaupt zu einem Beweisgrunde wirklich eignet, so genügt sie auch für sich allein. Daß dieselbe noch durch andere der Wahrnehmung zuzuziehende Personen bestätigt werde und daß der Richter nur auf die derart bestätigte eigene Wahrnehmung seine Ueberzeugung bauen dürfe, das mag eine besonders weitgehende Vorsicht gegenüber dem Richter fordern[6]), in der Natur dieses Beweismittels liegt es durchaus nicht.

Im canonischen Rechte nun ist die Natur und Beweiskraft des Augenscheins in der hier angegebenen Weise nicht gefaßt. Es verwendet ihn zwar auch ganz seiner Natur entsprechend in einer doppelten Richtung. Einmal als Mittel zur Aufhellung oder Vervollständigung des Parteivorbringens im Processe, also als rein proceßleitende, richterlich-administrative Verfügung. Denn die in den Bestimmungen des canon. Rechts häufig betonte, ziemlich ausgedehnte discretionäre Proceßleitungsbefugniß des Richters auch in reinen Civilsachen darf als eines der charakteristischen Merkmale des canon. Processes bezeichnet werden[7])

---

[5]) S. Martin l. c. § 134. Heffter l. c. § 262. Wetzell „in administrativer Anwendung". l. c. § 44. Note 2. Renaud l. c. § 109 u. § 149 Z. 2; Wevelb: „Informationsaugenschein" l. c. S. 2, 55, 57, 59, 63 ff. Dagegen Heusler l. c. S. 259—261.

[6]) Wie im österr. Civilprec. s. Pratobevera l. c. Bd. 2 S. 218 u. ff. S. da auch die ganz eigenthümliche Unterscheidg: einfacher und zusammengesetzter (kunstmäßiger) Augenschein. S. 223 Note. Haimerl l. c. S. 232 u. ff. Deßgleichen auch in der alten österr. Strafproceßordnung v. 29. Juli 1853 § 77, 78, 82, 83. Mittermaier Beweislehre S. 162.

[7]) Der Hinweis auf c. 11. C. 30. q. 5: „Judicantem oportet cuncta rimari et ordinem rerum plena inquisitione discutere" etc. und c. 2. in Clem. de V. S. (5. 11.): „... sancimus, ut judex... amputet dilationum materiam, litem quantum poterit faciat breviorem... partium, advocatorum et procuratorum contentiones et jurgia testiumque superfluam multitudinem refrenando..... Interrogabit etiam partes sive ad earum instantiam, sive ex officio, ubicunque hoc aequitas suadebit" dürfte hiefür wol schon genügen. Vgl. Damasus ordo jud. bei Wunderlich anecdota tit. 87. Durantis l. c.

Art der Notorietät. Das, was vom canon. Rechte damit verlangt wird, kann nur erreicht werden, wenn 1.) der Richter selbst und als solcher (in dieser seiner amtlichen Eigenschaft) die Wahrnehmung macht; sowie eben dem erkennenden Richter der Beweis geliefert werden muß, so kann auch nur er und in seiner Eigenschaft als Richter die evidentia facti constatiren. Denn, daß sich dem erkennenden Richter, wenn er selbst die erforderliche Wahrnehmung macht, alle Momente darbieten können, welche zu der Beurteilung, ob da etwas vorliege, was „tergiversatione aliqua celari non possit“, notwendig sind, das läßt sich sehr wol annehmen und begreifen. Daß dieß aber auch der Fall sei, wenn er einen Andern zur Vorname des Augenscheines abordnet und sodann auf Grund des Berichtes desselben die erwähnte Beurteilung machen soll, ist ziemlich unwahrscheinlich, da der Bericht doch nie die eigene Anschauung ersetzt und demselben gar manche und wesentliche Momente wenigstens fehlen können, die dießfalls erforderlich sind. Je unbestimmter dasjenige an sich ist, was der Richter hiernach zu beurteilen hat, desto umfassender und schärfer muß seine Aufmerksamkeit bei dem Vorgange sein, der ihn zu dieser Beurteilung in den Stand setzen soll. Und wie könnte wol der Richter die angeführte, vom canonischen Rechte so ausdrücklich betonte Vorsicht in nur einigermaßen ausreichendem Grade üben, wenn er selbst dem ganzen entscheidenden Vorgange fremd bleibt und nur auf einen, wenngleich im Ganzen verläßlichen Bericht hin urteilt? Mit den obigen allgemeinen Andeutungen des canon. Rechtes ist sodann 2.) auch gefordert, daß das zu erweisende Factum selbst, nicht etwa ein anderes, wenngleich mit diesem in noch so engem Zusammenhange stehendes, wahrgenommen werde; denn gilt etwas als wahr, weil es dem Richter vor Augen liegt, so kann es eben nur dasjenige sein, was ihm vor Augen liegt; daß endlich 3.) bei der Wahrnehmung selbst Nichts unterlaufe, was die Eignung derselben zur Basis für die innere Ueberzeugung von der Evidenz der fraglichen Thatsache herabdrücken oder ausschließen könnte; nur dieß kann hier der Sinn jener an den Richter gerichteten Aufforderung zur Vorsicht sein. Im Wesentlichen sind dieß die gleichen Erfordernisse, welche sich auch aus der im Eingange erörterten allgemeinen Natur des Augenscheins rücksichtlich der Beweiskraft desselben ergeben und welche eben deßhalb in jeder Art des gerichtlichen Verfahrens maßgebend sein müssen.

---

2. Capitel.

Die Zeugenaussage*).

Als Zeugen bezeichnet man im gewönlichen Sinne diejenigen Personen, welche eine Thatsache oder Ereignung wahrgenommen haben und Anderen dar-

*) S. die Quellen- und Literaturangaben bei Osterloh l. c. § 275. Note 1; dazu:

über Mitteilung zu machen in der Lage sind [1]). Im gerichtlichen Verfahren versteht man unter Zeugen solche von Richter und Parteien verschiedene Personen, welche eine im Processe zu constatirende Thatsache wahrgenommen haben und dem Richter davon Mitteilung zu machen vermögen [2]). Sowie im gewönlichen Leben, so ist auch im Civil- und im Strafprocesse die Wahrheitsfindung nach der Natur der da zu erhärtenden Thatsachen auf solche Mitteilungen zu großem Teile geradezu angewiesen und mögen auch die Einwendungen, welche gegen die Verläßlichkeit des Zeugenbeweises vorgebracht werden und die in der That einzelne Gesetzgebungen zu einer sehr weitgehenden Beschränkung des Zeugenbeweises veranlaßt haben [3]), ihr Gewicht haben und zur Vorsicht auffordern, so ist doch der Grund, auf welchen die Eignung der Zeugenaussage zur Ueberzeugungsbildung, resp. zum Beweise im Civil- wie im Strafprocesse beruht, ein durchaus fester, sicherer. Derselbe liegt, wie Bentham [4]) und Best [5]) sehr treffend ausführen, in dem allgemeinen „Erfahrungssatze, daß im Großen und Ganzen das Wahre im menschlichen Zeugniß das Unwahre weit überwiegt", sowie darin, daß der Bestand dieses Satzes, „das Aussagen der Wahrheit und das Entfernthalten absichtlicher Unwahrheit in dem Verkehr der Menschen mit einander" durch gewichtige, dem innersten Wesen des Menschen immanente Garantien gesichert ist [6]). Die unleugbar vorhandene Neigung, dem Zeugnisse Anderer zu glauben, hat demnach doch eine etwas festere Basis, als die der schwankenden Vermutung, daß „der Zeuge die Wahrheit beobachten könne und aussagen

---

Bentham. l. c. S. 19 u. ff. Best l. c. § 9 u. ff. 198 u. ff. Globig l. c. I. S. 97 u. ff. II. S. 137 u. ff. Renaud l. c. § 110 u. ff. Langenbeck l. c. S. 442 u. ff. Endemann Beweislehre § 43 u. ff. u. Civilproc. § 187 u. ff. Wetzell l. c. § 23. Pratobevera l. c. Bd. 7. S. 199 u. ff. Haimerl: Magazin f. Rechts- und Staatswiff. (Wien 1854) Bd. 10. S. 1 u. ff. Mittermaier: Lehre vom Bew. § 38 u. ff. u. deutsches Strafverf. I. § 91 II § 167 u. ff. Zachariae l. c. II. § 98 u. ff. § 146 u. ff. Planck l. c. § 88, 129, 130.

[1]) In diesem Sinne unterscheidet man zwischen Solennitäts- und Beweiszeugen: s. dieß. Haimerl l. c. S. 1. und 2. Langenbeck l. c. S. 445 u. Note b; v. Schrutka-Rechtenstamm Zeugnißpflicht und Zeugnißzwang (Wien. 1879.) S. 19. 20.

[2]) Daß übrigens Begriff und Function des Zeugen auch ganz wol auf die Partei selbst anwendbar ist, darüber Bentham l. c. S. 103 u. 104 u. v. Bar: Recht u. Beweis im Civilproc. (Leipzig 1867.) S. 149 u. ff.; daß es in neueren Gesetzen auch schon geschieht, darüber §§ 37 -45 des österr. Ges. v. 27. April 1873 Nr. 66 R. G. Bl. über das Mandatsverfahren. Vgl. dagegen Heusler l. c. S. 278. 279.

[3]) S. darüber Pratobevera l. c. S. 207. 208; Haimerl l. c. S. 40—45, v. Bar: l. c. S. 71 u. ff.; Heusler l. c. S. 316. 317.

[4]) l. c. S. 19 u. ff.

[5]) l. c. S. 9—15.

[6]) „Ea etiam, quae constant attestationibus voce prolatis, facilius considerari solent, quam quae in scriptis enunciata sunt, quia .... anima organo vocis mentem suam explicat et cor est imperator linguae secundum illud, quod dici consuevit: Ex abundantia cordis os loquitur et ipse vivae vocis sonus fortius ac efficacius permovet auditoris animum" bemerkt Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 5. Nr. 6. 7.

wolle“[7]), und wenn auch die erwähnte Erfahrungsthatsache nicht gerade zu einer unerschütterlichen Grundlage geeignet ist, so vermag sie doch über die Berechtigung dieser Neigung zu beruhigen. Die Anforderung, welche dieser allgemeine Beweisgrund des Zeugnisses überhaupt an die Beweiskraft der Zeugenaussage im concreten Falle stellt, tritt sonach in negativer Form hervor, d. h. besteht darin, daß im concreten Falle keine besonderen Gründe vorliegen, welche für das Unwahre in der Zeugenaussage sprechen[8]).

Solcher Gründe nun kann es im concreten Falle nicht nur sehr verschiedenartige geben, sondern es kann auch der Grad, in welchem sie für das Unwahre in dieser Zeugenaussage sprechen, ein sehr verschiedener sein. Daher ist die Zeugenaussage dasjenige Beweismittel, welches neben dem Indicienbeweise die mannigfaltigsten Abstufungen oder Gradationen von Beweiskraft seiner Natur nach involvirt. Soviel steht nun wol von Vornherein fest, daß derartige Gründe sich nur finden können in der Person des Aussagenden, in der Art oder dem Inhalte der Aussage, aber alle diese Gründe festzustellen und von jedem einzelnen derselben a priori zu bestimmen, auf welchen Grad von Beweiskraft derselbe die Aussage herabdrücke, das ist weder thunlich, noch erforderlich[9]). Denn abgesehen davon, daß sich mit den allgemeinen Zeit- und Culturverhältnissen ja auch die Ansichten darüber gar wesentlich ändern, hängt dieses mit den besonderen Umständen des concreten Falles zu sehr zusammen und kann selbst eine dießfalls in's Kleinlichste eingehende Gesetzgebung des vernünftigen richterlichen Ermessens nie entbehren. In der That hat dieß auch das canonische Recht, um das es sich hier eben handelt, weder im Civil-, noch im Strafprocesse unternommen. Es hat wol im Anschlusse an das Justinianisch-römische Recht die Gründe angeführt, aus welchen die Beweiskraft der Zeugenaussage ausgeschlossen oder herabgedrückt werden soll, aber eine Bestimmung des Maßes, in welchem in dem einen oder anderen Falle diese Herabdrückung erfolgt, ist durch dasselbe nicht gegeben. Es wird da ganz wie in l. 3 § 2 D. h. t. (22. 5.) der „motus animi judicis“ als das Bestimmende hingestellt[10]).

---

[7]) Vgl. Mittermaier Beweislehre S. 313. Zachariae l. c. § 146. S. 440.

[8]) „Quoniam edictum de testibus, sicut de procuratoribus, prohibitorium est; omnes enim, qui non prohibentur, admitti possunt“, sagt schon Tancredus ordo judic. (ed. Bergmann. Göttingen. 1842.) p. 3. tit. 6. S. 223 mit Berufung auf l. 1. § 1. D. de test. (22. 5.). Die classischen Zeugen bezeichnet das canon. Recht als „testes omni exceptione majores.“

[9]) Man vgl. z. B. nur die endlosen declarationes, limitationes, sublimitationes, ampliationes u. dgl. der älteren Schriftsteller bei Mascardus l. c. Vol. IV. conclusio 1363 u. ff. Ueber den sehr interessanten Versuch Benthams mit einer förmlichen dießfälligen Scala (l. c. S. 49—55) s. die Note des französ. Uebersetzers Dumont in dieser Ausgabe S. 55—57 u. Best l. c. § 62—64. Mittermaier Beweislehre § 43.

[10]) c. 3. pr. C. 4. q. 2. et 3; c. 6. X. de renunc. (1. 9.); c. 27. 32. X. h. t. (2. 20.). Vgl. Heusler l. c. S. 305. 306.

Was nun 1.) die Person des Zeugen anbelangt, so hängt die Uebereinstimmung der Aussage mit der Wahrheit davon ab, daß der Zeuge im concreten Falle das, was er aussagt, wahrnehmen konnte und daß er auch den Willen habe, dasselbe getreu mitzuteilen. Solche Zustände oder Verhältnisse einer Person, welche dieses Können oder Wollen oder Beides zugleich ganz ausschließen oder zweifelhaft machen, müssen daher auch die Beweiskraft der Aussage ganz aufheben oder doch alteriren. Nach canon. Rechte sind hieher gerechnet[11]):

a) Mangel der zur Wahrnehmung und zur Mitteilung erforderlichen physischen Eigenschaften, z. B. Blindheit, wenn es auf Gesehenes, Taubheit, wenn es auf Gehörtes ankommt. Das ist zwar im canon. Rechte nirgends ausdrücklich ausgesprochen, aber es ergibt sich dieß ebenso, wie daß solcher Mangel die Person zum Zeugniß absolut unfähig mache sowol im Civil-, als im Strafprocesse, notwendig aus dem Begriffe des Zeugnisses. Nur muß betont werden, daß es sich nicht bloß um die physische Fähigkeit zur Wahrnehmung, sondern auch um die zur Mitteilung handelt und daß die gleiche Unfähigkeit des Zeugen vorliegt, wenn zwar die erstere, nicht aber die letztere vorhanden ist[12]).

b) Mangel der zur Wahrnehmung und zur Mitteilung erforderlichen geistigen oder intellectuellen Eigenschaften. Zur Wahrnehmung, wie sie die Beweiskraft der Zeugenaussage erfordert, genügt der bloße Gebrauch der bezüglichen Sinnesorgane durchaus nicht, die geistige Auffassung bildet einen integrirenden Bestandteil jedwedes Erkennens[13]), daher auch der Satz: „Der Zeuge solle nie urteilen“[14]) durchaus nicht hieher zu beziehen ist. Sodann handelt es sich bei der Zeugenaussage nicht bloß um die Wahrnehmung, sondern auch um das Festhalten des Wahrgenommenen und um das Bewußtsein bei der Aussage und daß dieß gleichfalls von den Geisteskräften des Zeugen abhängig ist, liegt auf der Hand.

---

[11]) Wie die Glosse ad l. 2. D. h. t. (22. 5.) v. „inimicitias“, so gibt auch die ad c. 2. X. h. t. (2. 20.) v. „vilissimi“ den Vers: Conditio, sexus, aetas, discretio, fama
Et fortuna, fides: in testibus ista requires.

[12]) Vgl. Planck l. c. § 129. 1. Daher ist der Stumme nicht ohneweiters, sondern nur dann unfähig, wenn ihm die Fähigkeit zur Mitteilung in der That abgeht, was bekanntlich durchaus nicht immer, ja nur selten der Fall ist. Ganz unrichtig München l. c. I. S. 125, der die vom Solemnitäts-(Testaments-)Zeugnisse handelnde Institutionenstelle ohneweiters bieher zieht. Vgl. Wetzell l. c. S. 180 Note 1a. S. jedoch Langenbeck l. c. S. 456.

[13]) Das „judicium consilii“ in l. 2. § 5. D. de test. (22. 5.) muß sich darauf beziehen. S. Langenbeck l. c. S. 560. Endemann Civilproceß § 190 S. 758: „Man wird das das Zeugnis die vermittelnden unmittelbar nach Sinnlich empfangene Eindrücke [illegible] bedürfen das sowol die Reproduction wie die Koordination des Wahrgenommenen des geistigen Urteilsfähigkeit in sich schließt. Daher erweist es sich dem unmittelbaren des Zeugen auf den Grund des vermittelnden [illegible] Wertes auf eigene Kraft der Wahrnehmung oder Beurteilung von gleichem Urteil zu beschränken.“

[14]) Wetzell l. c. § 14. Note c. S. dazu auch Bethmann-Hollweg l. c. § 31 [illegible]

Wo nun gänzlicher Mangel oder wesentliche Störung der normalen Geisteskräfte unzweifelhaft vorhanden ist, wie bei Rasenden, Wahnsinnigen, Blödsinnigen, bei Personen, welche im Momente der Wahrnehmung oder der Aussage volltrunken, fieberkrank u. dgl. sind, da ergibt sich die absolute Unfähigkeit der betreffenden Personen sowol im Civil-, als im Strafprocesse auch ohne besondere positive Anordnung gleichfalls aus dem Begriffe des Zeugnisses[15]). Das **lucidum intervallum** bei Wahnsinnigen ändert dieß nur in dem einen Falle, wenn Wahrnehmung und Aussage in das nemliche lucidum intervallum fällt; denn tritt zwischen Wahrnehmung und Aussage ein Rückfall, so ist das Festhalten des Wahrgenommenen ausgeschlossen oder doch höchst zweifelhaft, der durch den Zeitverlauf ohnehin immer geschwächte geistige Verband zwischen Wahrnehmung und Aussage zerrissen; in dem erwähnten Falle aber ist nach dem Begriffe des lucidum intervallum der bezeichnete Mangel nicht vorhanden und kann an der Fähigkeit zum Zeugnisse auch kein Zweifel sein[16]).

Da die Geisteskräfte im Menschen sich nur allmälig entwickeln, so ergibt sich weiter aus der Natur der Sache, daß die niederen Entwicklungsstufen auch die Unfähigkeit zum Zeugnisse involviren; welche Stufe dießfalls die natürliche Grenze bilde, läßt sich nicht bestimmen, da könnte nur die Individualität, Erziehung u. dgl. entscheiden. Das canonische Recht hat aber den Eintritt der Mündigkeit, u. z. abweichend vom römischen Rechte das vollendete 14. Lebensjahr bei beiden Geschlechtern als diese Grenze festgesetzt[17]) und erklärt demnach die Unmündigen im Civil- und Strafprocesse als unfähig zur Zeugenaussage[18]). Zwar soll nach l. 20. D. h. t. (22. 5.) u. c. 3. § 14. C. IV. q. 2 u. 3 im Strafprocesse auch der minor viginti annis zum Zeugnisse unfähig sein[19]); allein diese Bestimmung bezieht sich ihrem klaren Wortlaute nach nur auf den Accusations-

---

[15]) „Als natürlicher Unfähigkeitsgrund bedurfte dieß keiner gesetzlichen Bestätigung." Zachariae. l. c. S. 443. Note 17.

[16]) S. Endemann Beweislehre § 50; dagegen Langenbeck l. c. S. 461. Mittermaier Beweislehre S. 319.

[17]) l. 3. § 5. l. 19. D. h. t. (22. 5.); c. 3. § 3. C. IV. q. 2 u. 3; c. 1. C. IV. q. 2 u. 3 in Verbindung mit c. 14—16 C. 22 q. 5 beweist, daß das canon. Recht hier über die sonst durchwegs angenommenen römisch-rechtlichen Grenzen der Unmündigkeit noch hinausgeht, indem es auch weibliche Personen vor vollendetem 14. Lebensjahre als zeugnißunfähig erklärt. Vgl. Molitor Canon. Gerichtsverf. (Mainz 1856.) S. 95. 155. Schulte Darst. des Proc. v. d. kath. geistl. Eheger. Oesterr. (Gießen 1858.) S. 167. S. dazu unten Nr. 2 i. f. u. Note 70.

[18]) Der Grund der Unfähigkeit ist der angegebene natürliche, die Bestimmung der Grenze ist positiv juristisch; ein eigentlicher Zweifel, ob Unmündigkeit ein natürlicher Unfähigkeitsgrund sei, ist darnach wol nicht zulässig. S. dießf. Langenbeck l. c. S. 457. Note a. Der Grund, daß nach positiver gesetzlicher Bestimmung der Unmündige nicht eidesfähig ist (c. 14. 15. 16. C. 22. q. 5. Durantis l. c. lib. 1. part. 4. de teste. § 1. Nr. 34), ist dießfalls nicht maßgebend, weil selbst auf dem angegebenen natürlichen beruhend.

[19]) S. Tancredus l. c. S. 234. Durantis lib. 1. part. 4. de teste. § 1. Nr. 34.

proceß und da dieſer im canoniſchen Gerichtsverfahren durch den inquiſitoriſchen Proceß ganz verdrängt wurde[20]), ſo kann dieß nicht mehr als eine für den canoniſchen Strafproceß überhaupt geltende Beſtimmung angeführt werden. Die Frage, ob der Unmündige nach erreichter Mündigkeit als fähiger Zeuge rückſichtlich deſſen zu betrachten ſei, was er wärend ſeines unmündigen Alters noch wahrgenommen hat[21]), muß nach dem angeführten Grunde der Zeugnißunfähigkeit des Unmündigen verneint werden. Denn für die Beweiskraft der Zeugenausſage liegt doch der Schwerpunkt entſchieden in dem Momente der Wahrnehmung; da fehlte dem Unmündigen das nach Anſchauung der Geſetze erforderliche Maß von „consilium“ oder „judicium“ und dieſer der Baſis der Ausſage anhaftende Mangel kann durch den Eintritt der Fähigkeit zur Zeit der Ausſage doch gewiß nicht gehoben werden[22]).

Mit der Begründung: „nam varium et mutabile testimonium semper femina producit“ ſcheint das canon. Recht[23]) auch bei den Frauen einen Mangel an geiſtiger Sammlung und Feſtigkeit anzunehmen, welcher ihre Fähigkeit zum Zeugniſſe ausſchließt und es wird demgemäß von den Proceſſualiſten allgemein[24]) gelehrt, daß nach canon. Rechte die Frauen, wenn nicht überhaupt, ſo doch in Criminalſachen zeugnißunfähig ſeien. Allein dieß läßt ſich meines Erachtens aus den citirten beiden Stellen nicht folgern, ſelbſt wenn man ſie für ſich allein betrachtet. Denn in c. 10. X. cit. heißt es: „Testes considerantur natura“ ꝛc., was doch ſicherlich nicht notwendig als Bezeichnung der Fähigkeit oder Unfähigkeit zum Zeugniſſe aufgefaßt werden muß, und ſo wenig man aus der doctrinären Stelle in c. 17. C. 33. q. 5 wird folgern dürfen, es ſei ein Satz des canon. Rechtes: „mulierem nullam auctoritatem habere“ oder „docere non posse“, ebenſo wenig darf man daraus ohneweiters den Satz folgern, die Frau könne

---

[20]) S. hier I. Teil S. 9.

[21]) Von der Gloſſe (ad l. 3. § 5. D. h. t.) geſtellt und von ihr ſowol, als den meiſten älteren Juriſten (ſ. Durantis l. c. Nr. 35 u. additio zu omnes) bejaht. Vgl. Schulte l. c. S. 167.

[22]) S. Pratobevera l. c. S. 220. Haimerl l. c. S. 7. 8. Mittermaier Beweislehre S. 318. 319. u. Strafverf. § 169. Dagegen Bayer l. c. S. 807. Geſterding Ausbeute von Nachforſchungen (Greifswald. 1826) I. Bd. S. 196 u. ff. Wetzell l. c. S. 180. Renaud l. c. S. 291. Endemann l. c. S. 206. Langenbeck l. c. S. 457 u. ff.

[23]) c. 10. X. de V. S. (5. 10.) Der ganze bezügliche Paſſus lautet: „Testes autem considerantur conditione, natura et vita.... Natura, si vir, non femina. Nam varium et mutabile testimonium semper femina producit.“ Dazu kommt noch c. 17. C. 33. q. 5, eine Stelle aus Auguſtinus: „Mulierem constat subjectam dominio viri esse et nullam auctoritatem habere; nec docere enim potest, nec testis esse, neque fidem dare, nec judicare; quanto magis non potest imperare?“

[24]) Schon die Gloſſe zu den cit. Stellen. S. Lancredus l. c. p. 3. tit. 6. S. 228. Durantis l. c. § 1. Nr. 85. Geſterding Ausbeute. Bd. I. S. 207 u. ff. Wetzell l. c. S. 184. Renaud. l. c. S. 291. Langenbeck l. c. S. 462. Zachariae l. c. § 146. Note 19.

nicht Zeuge sein. Noch weniger aber läßt sich dieser Satz aus den genannten Stellen deduciren, wenn man sie im Zusammenhange mit anderen über das Zeugniß von Frauen handelnden Stellen, insbesondere mit c. 3. 22. 33. X. h. t. (2. 20.), c. 2. de judic. in VI^to. (2. 1.) betrachtet. In letzteren Stellen wird die Zulässigkeit des Zeugnisses von Frauen sowol in Civil-, als in Strafsachen mit Bestimmtheit ausgesprochen oder vorausgesetzt und diesen gegenüber kann den in den obgenannten zwei Stellen ausgesprochenen Sätzen nur eine die Würdigung der Zeugenaussage durch den Richter (d. i. die volle Wirkung derselben) betreffende Bedeutung beigemessen werden[25]).

c.) Solche Zustände oder Verhältnisse der Person, welche, sei es überhaupt (absolut) oder doch in dem concreten Falle (relativ) den Willen derselben, das Wahrgenommene getreu mitzuteilen, ausschließen (die Person also zum Zeugniß unfähig machen) oder doch zweifelhaft (nur verdächtig) machen. In der Bestimmung dieser Verhältnisse treten naturgemäß die Anschauungen der Zeit und die Eigentümlichkeit des bestimmten positiven Rechts besonders hervor. Das canon. Recht steht auch hier durchwegs auf dem Boden des römischen und hat wie dieses keineswegs bei jedem einzelnen Punkte, den es anführt, mit der erforderlichen Bestimmtheit entschieden, ob es den Zeugen deßhalb als gänzlich unfähig oder nur als verdächtig betrachte[26]); es zält hieher:

α.) diejenigen Personen, welche kraft besonderer rechtlicher Bestimmung zur Geheimhaltung des von ihnen Erfahrenen verpflichtet sind. Das sind die Geistlichen rücksichtlich des ihnen unter dem Beichtsiegel Mitgeteilten[27]); diese dürfen gar nicht den zur Zeugenaussage erforderlichen Willen haben, daher sind sie absolut unfähig im Civil- und Strafprocesse. Ein anderweitiges, etwa kirchliche Beamte überhaupt treffendes Amtsgeheimniß, wie es bei Staatsbeamten besteht und nach Staatsgesetzen in gewissem Grade auch bei Aerzten u. a. vorkommt[28]), kennt das canon. Recht nicht und die von Jemandem durch Privatvereinbarung eingegangene, selbst durch den Eid bekräftigte Verpflichtung, nicht auszusagen,

---

[25]) Auch die Glosse beschränkt die behauptete Unfähigkeit der Frauen im Strafverfahren auf den durch das inquis. Verfahren verdrängten Accusationsproceß (ad c. 10. X. cit. v. „non femina") und es kommt daher auch schon die darauf allein gestützte Darstellung von München l. c. S. 134 zu ähnlichem Resultate. Vgl. Mascardus l. c. Vol. II. concl. 763. 765; Gonzalez-Tellez notae ad c. 8. X. h. t. (2. 20.) Nr. 8. 4; Schmalzgrueber J. E. U. (Ingolst. 1723.). III. 20. § 2. Nr. 56—58; J. H. Böhmer J. E. P. II. 20. § 17; Devoti inst. canon. (Leodii 1874.). lib. III. tit. 9. § 14; Schulte Proc. v. d. kath. geistl. Ehrger. Oesterr. S. 168. 169. Note 1.

[26]) S. bieß. Bayer l. c. § 247. Langenbeck l. c. S. 485. Zachariae l. c. II. S. 442.

[27]) c. 2. D. VI. de poenit; c. 2. X. de off. jud. ord. (I. 31.) c. 13. X. de excess. prael. (5. 31.); c. 12. X. de poenit. et remiss. (5. 38.).

[28]) S. Bayer l. c. § 244. II. Wetzell l. c. S. 182. 183. bes. Note 13. Haimerl l. c. S. 9—13. Mittermaier Beweislehre § 40.

wird von den canon. Gesetzen wiederholt auf das Bestimmteste als wirkungslos erklärt[27]).

β) Diejenigen, denen das positive Recht die volle Anerkennung der Persönlichkeit versagt. Sowie nemlich einerseits die Verpflichtung zur Zeugenaussage ein munus publicum ist, wovon später die Rede sein wird, so liegt andererseits in der Anerkennung des vollen Wertes der Aussage, des Zeugnisses derselben ein wesentlicher Teil der Geltung der Persönlichkeit im öffentlichen Leben des Gemeinwesens. Diese Geltung verweigert aber das canonische Recht den Sklaven[30]), den Infames[31]), den Excommunicirten[32]), sowie den Ungläubigen und Ketzern[33]) und behandelt daher dieselben als zur Zeugenaussage im Civil- und im Strafprocesse unfähig, u. z. die drei erstgenannten absolut, die letzten nur, wenn es sich um das Zeugniß gegen Kirchenangehörige handelt.

γ) Diejenigen, welche vermöge ihrer allgemeinen Verhältnisse oder besonderen Handlungsweise sich nicht mehr im Besitze ihrer vollen moralischen Integrität befinden. Als solche behandelt das canon. Recht zunächst die Meineidigen[34]), welche es im Civil- und im Strafprocesse für absolut unfähig erklärt.

---

[27]) c. 18. 37. 45. X. h. t. (2. 20.); c. 4. 11. X. de test. cog. (2. 21.). Die Bemerkung München's l. c. S. 133. Nr. 6, daß den Geistlichen das gerichtliche Zeugniß in Strafsachen, deren Ausgang ein Todesurteil sein kann, untersagt sei, weil sie dadurch irregulär würden, daß der Geistliche nach c. 2. C. 14. q. 2. ohne Erlaubniß des Bischofs vor dem weltlichen Richter und der Ordensmann ohne Bewilligung seines Ordensobern überhaupt kein gerichtliches Zeugniß ablegen dürfe, gehört gar nicht hieher, da dadurch weder die Fähigkeit der genannten Personen zur Zeugenaussage, noch ihre Glaubwürdigkeit berührt wird.

[30]) Ganz nach röm. R. l. 6. 7. D. h. t. (22. 5.); l. 6. 11. C h. t. (4. 20.) Nov. 90. c. 6. c. 3. § 40. C. IV. q. 2. u. 3. c. 10 X. de V S. (5. 40.).

[31]) c. 2. C. 6. q. 1; c. 11. C. III. q. 4; c. 1. X. de except. (2. 25.). c. 54. X. h. t. (2. 20.); obgleich das röm. Recht die absolute Unfähigkeit des Infamis zum Zeugniß keineswegs ausgesprochen hat: Savigny System II. S. 222. Bethmann-Hollweg röm. Civilproz. III. S. 274. 275. J. H. Böhmer J. E. P. II. 20. § 10; doch sind die cit. Bestimmungen des canon. Rechts nur auf die sog. infamia juris zu beziehen, nicht auf die sog. infamia facti (s. Arndts Pand. § 30—33. Windscheid Pand. I. § 56.), denn für letztere hat das röm. Recht keinen besonderen technischen Namen, die davon Betroffenen gehören daher nicht zu denjenigen, „quos leges saeculi infames appellant“ (c. 2. C. 6. q. 1. cit.). Wol hat auch die turpitudo oder ignominia (inf. facti) nach canon. Recht ihren Einfluß rücksichtlich der Zeugenaussage, allein derselbe gehört nicht unter diesen Gesichtspunkt und ist entschieden geringer. Daß die von den canon. Gesetzen selbstständig, unabhängig vom röm. Rechte verhängte Infamie durch Buße gehoben werden und darnach auf die Zeugnißfähigkeit keinen Einfluß üben kann, darüber vgl. München l. c. II. S. 134 u. ff. S. übhpt Mascardus l. c. Vol. IV. concl. 1363. Langenbeck l. c. S. 463 u. ff. Mittermaier Beweislehre. S. 321 u. ff.

[32]) Nach dem Wesen der excommunicatio: c. 13 § 5. X. de haeret. (5. 7.); c. 15. X. de sent. excom. (5. 39.); c. 8. de sent. excomm. in VIto. (5. 11.).

[33]) l 21. C. de haeret. (1. 5.); l. 3. C. de apost. (1. 7.); nov. 45. c. 1, c. 24. 25. 26. C. II. q. 7; c. 24. pr. C. XXIII. q. 4; c. 21. X. h. t. (2. 20.); c. 1. X. de haeret. (5. 7.).

[34]) c. 7. 14. C. 22. q. 5; c. 18. C. VI. q. 1; c. 9. 54. X. h. t. (2. 20.); c. 8.

Sodann diejenigen, welche ſonſt wegen eines ſchweren Verbrechens bereits verurteilt oder in Unterſuchung ſind oder die auch erſt gerade aus Anlaß ihrer Zuziehung als Zeugen im Laufe des betreffenden Proceſſes (in einem Incidenzverfahren) eines ſolchen Verbrechens überwieſen werden, wenn ihre Beſſerung nicht feſtgeſtellt iſt[35]). Dieſelben werden als abſolut unfähig im Civil- und Strafproceſſe erklärt und ſelbſt die dieſe Unfähigkeit ſonſt behebende Beſſerung hat in dem Strafverfahren keine Wirkung[36]). Endlich diejenigen, welche an ſog. infamia facti (turpitudo, ignominia) leiden oder überhaupt malae famae ſind, die in ganz dürftigen Lebensverhältniſſen ſich befinden oder deren perſönliche Verhältniſſe gänzlich unbekannt ſind[37]). Dieſe ſind jedoch weder im Civil-, noch im Strafproceſſe als unfähige Zeugen behandelt, ſie ſind bloß verdächtig und es hat daher der Richter den Wert ihrer Ausſagen nach ſeinem Ermeſſen von Fall zu Fall zu beſtimmen.

3.) Diejenigen, welche zu den Proceßparteien oder zur Proceßſache in einer ſolchen beſonderen Beziehung ſtehen, welche ihrer Natur nach den zur Zeugenausſage erforderlichen Willen derſelben zu beeinfluſſen geeignet iſt. Daß da immer nur von relativer Unfähigkeit oder Bedenklichkeit die Rede ſein könne, ergibt ſich aus der ſpeciellen Beziehung zu den betreffenden Proceßparteien oder der concreten Proceßſache von ſelbſt. Nach dieſem Geſichtspunkte ſind zunächſt unfähig zum Zeugniſſe die Proceßparteien ſelbſt, was auch im Accuſationsproceſſe Anwendung hat[38]).

---

§ 8. de haeret. in VI^to. (5. 2.) auch abgeſehen von der den perjurus treffenden Infamia; falſches Zeugniß iſt auch ohne Rückſicht auf Beeidigung gleich behandelt: c. 7. cit; c. 9. C. III. q. 5; c. 1. X. de crim. falsi. (5. 20.); c. 2. § 1. X. de ord. cogn. (2. 10.).

[35]) l. 3. § 5. l. 20. D. h. t. (22. 5.) in c. 3. § 3 u. 14. C. IV. q. 2 u. 3; c. 12. 20. 54. 56. X. h. t. (2. 20); c. 1. X. de except.. (2 25); c. 2. § 1. X. de. ord. cognit. (2. 10.). Der Grund liegt in der Begehung des Verbrechens. Planck l. c. § 129. Note 14.

[36]) „Non debent admitti", „testimonium eorum reprobatur", heißt es in den Note 35 cit. Stellen; c. 54. X. h. t. (2. 20.). Vgl. Durantis l. c. Nr. 24 u. ff. Mascardus l. c. Vol. I. concl. 465. Schmalzgrueber l. c. III. 20. § 1. Nr. 18 u. ff. Wetzell l. c. S. 185. Bayer. l. c. S. 808. Planck. l. c. § 129. Nr. 3.

[37]) Das canon. Recht folgt dem röm. in der Verordnung: „Testium fides diligenter examinanda est ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis.... an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis, an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat" ꝛc.: l. 3. pr. D. h. t. (22. 5.) in c. 3. § 2. C. IV. q. 2 u. 3. Die Zeugen ſollen ſein „probatae vitae et opinionis, fidelis conversationis": c. 23. 24. X. h. t. (2, 20), „absque ulla... suspicione vel manifesta macula": c. 1. X. de except. (2. 25), nicht „malae famae" oder „levis opinionis": c. 9. X. de prob. (2. 19.) nov. 90. c. 1; c. 7. § 3. C. II. q. 1; c. 2. X. h. t. (2. 20); c. 10. X. de V. S. (5. 40.). Der Grund, auf welchen es bei den Armen und den Unbekannten ankommt und der für den Richter entſcheidend ſein muß, iſt in den cit. Stellen klar angegeben. Vgl. Tancredus l. c. S. 225. Langenbeck l. c. S. 467. 493. Mittermaier Beweislehre S. 337 u. ff.

[38]) l. 10. D. h. t. (22. 5.) in c. 3. § 24. C. IV. q. 2 u. 3. l. 10. C. h. t. (4. 10)

Daß die einzelnen Mitglieder einer Corporation (universitas) mit der im Proceſſe ſtehenden Corporation ſelbſt nicht identiſch ſind, iſt klar, dieſelben können daher nicht aus dem Grunde der „eigenen Sache“ als unfähige, ſondern nur dann als verdächtige Zeugen erſcheinen, wenn bei ihnen einer der ſpäter zu erörternden Gründe (Nutzen oder Schaden vom Ausgange des Proceſſes oder etwa beſondere Zuneigung oder Vorliebe für die Corporation u. dgl.) obwaltet[39]). Aus dem gleichen Grunde ſind im Strafproceſſe die Mitſchuldigen als unfähige Zeugen behandelt[40]), denn die Ausſage des Mitſchuldigen iſt zum Teile wenigſtens immer Zeugniß in eigener Sache. Ja das canoniſche Recht hat dieß noch verallgemeinert, indem es das Zeugniß eines Jeden, welcher ſich auch nur in einem ähnlichen Streitverhältniſſe befindet, wie derjenige, für oder gegen welchen er Zeugniß ablegen ſoll, wenigſtens als verdächtig bezeichnet[41]).

Sodann ſind hiernach unfähig reſp. verdächtig die Verwandten und Verſchwägerten der Proceßparteien, u. z. nach folgender Abſtufung: Die Verwandten in gerader Linie (Ascendenten und Descendenten) ſind im Civil- und im Straf-

---

in c. 3. § 39. C. IV. q. 2 u. 3; c. 7. § 3. C. II. q. 1; c. 1. 2. C. IV. q. 4. Ob Jemand ſchon urſprünglich mit Beginn des Proceſſes als Partei aufgetreten oder kraft beſonderen Rechtsverhältniſſes erſt ſpäter in die Parteienrolle eingetreten iſt (als Intervenient), kann nicht entſcheidend ſein; ſ. dießf. Langenbeck l. c. S. 481. Note a. Renaud l. c. S. 293. Wetzell l. c. S. 181. Note 6a.

[39]) Vgl. Mascardus l. c. Vol. IV. concl. 1422; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 6. X. 2. 20; Schmalzgrueber l. c. III. 20. § 2. Nr. 59 u. ff. Die Entſcheidung in c. 5. X. de prob. (2. 19.), c. 6 u. 12 X. h. t. (2. 20.) iſt juriſtiſch vollkommen correct, bedarf zu ihrer Erklärung durchaus nicht der Annahme eines „favor rei ecclesiasticae“ und kann unbedenklich auch auf andere Corporationen ausgedehnt werden; denn es wird eben nur entſchieden, daß die clerici deßhalb allein, weil ihre Kirche oder ihr Kloſter im Streite ſteht, „non repellendi sunt“, ob aber nicht „alia rationabilis causa impediat“, das wird da gar nicht ausgeſprochen, in der letztcitirten Stelle ſogar ausdrücklich darauf aufmerkſam gemacht. S. Wetzell l. c. S. 181. Note 6. Vgl. jedoch Bayer l. c. S. 809. 810. Langenbeck l. c. S. 483.

[40]) l. 16. § 1. D. de quaest. (48. 18.); l. 11. C. h. t. (4. 20); l. 17. C. de accus. (9. 2); l. 4. C. de quaest. (9. 41); c. 5. C. 15. q. 3; c. 1. X. de confessis. (2. 18); c. 10. X. h. t. (2. 20). Vgl. Mascardus l. c. Vol. IV. concl. 1318. concl. 1864. Nr. 9. Mittermaier Beweisl. S. 328 u. ff. Planck l. c. S. 365. Mittermaier bemerkt zwar, daß „bei dem Zeugniſſe der Mitſchuldigen die Rückſichten entſcheiden, daß derjenige, welcher ſelbſt geſtändigermaßen durch Verbrechen ſein Leben befleckt hat, nicht Anſpruch auf volle Glaubwürdigkeit machen kann“, — und darnach würde dieß unter oben γ. fallen; allein er fügt ſelbſt ſofort hinzu: „Es liegt aber auch in der Natur der Verhältniſſe, daß gerne der Mitſchuldige einen Teil eigener Schuld auf den Teilnehmer wälzt und daher Intereſſe an einer falſchen Ausſage hat“ u. ſ. w., womit wol der hier hervorgehobene Grund bezeichnet iſt.

[41]) c. 20. X. h. t. (2. 20). Es heißt zwar hier: „nolumus, ut in testimonium admittantur“, aber unter der Vorausſetzung: „si certum sit aut legitime super hoc possint convinci“; da nun die Frage, ob Zeuge „consimili morbo“ laborire, von Vornherein nie ſo ohneweiters gewiß iſt, ſo hat wol dießfalls das Ermeſſen des Richters zu entſcheiden. S. Wetzell l. c. S. 186.

processe zum Zeugnisse gegen einander als unfähig[42]), bezüglich des Zeugnisses für einander nur als verdächtig behandelt[43]); die Seitenverwandten und Verschwägerten aber sind ohne Rücksicht darauf, ob sie für oder gegen einander auszusagen hätten, nur als verdächtig betrachtet[44]). Bis zu welchem Grade der Verwandtschaft resp. Schwägerschaft diese Bedenklichkeit vorwaltet, hat weder das römische, noch das canonische Recht bestimmt, es kann dieß daher nur je nach Obwalten des Grundes, auf welchem diese Bedenklichkeit der Verwandten beruht, durch das richterliche Ermessen im concreten Falle entschieden werden[45]).

Nach canon. Rechte fällt jedoch im Processe über die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Ehe (Vincularprocesse) die hierauf gegründete Unzulässigkeit[46]) der Verwandten als Zeugen weg, wenn es sich um den Beweis solcher Thatsachen oder Verhältnisse (z. B. der Verwandtschaft) handelt, deren Kenntniß entweder ausschließlich oder doch am Zuverlässigsten gerade bei den Verwandten zu finden ist[47]). Daß der nemliche Verdachtsgrund auch die Ehegatten und selbst die Ver-

---

[42]) l. 8. § 5. l. 9. D. h. t. (22. 5.), besonders aber l. 6. C. h. t. (4. 20.) in c. 8. § 34. C. IV. q. 2 u. 8. in Verbindung mit l. 51. 201 u. 220. D. V. S. (50. 16.). Zachariae l. c. II. § 98.

[43]) S. Wetzell l. c. S. 182 u. Endemann Beweisl. S. 207. 208 gegen Langenbeck l. c. S. 478. In c. 22. X. h. t. (2. 20) heißt es: „quod . . . testimonium ejus (matris u. z. „für die Tochter") videtur esse suspectum."

[44]) Ueber die dießfälligen Ansichten der älteren Juristen s. Endemann l. c. S. 209.

[45]) Alle speciellen Gradbestimmungen (3. 4. selbst 7.) sind willkürlich; s. Bayer l. c. S. 811. Langenbeck l. c. S. 489. Wetzell l. c. S. 186. Note 32a. Daß aber auch Adoptivverwandtschaft und nach canon. Recht auch die cognatio spiritualis da mit in Betracht kommt, kann nicht zweifelhaft sein.

[46]) Daß die erwähnte Bedenklichkeit oder Verdächtigkeit solcher Zeugen hier auch wegfalle, ist in c. 8. X. qui matr. accus. poss. (4. 18.) nicht gesagt, durch c. 22. 24. X. h. t. (2. 20.) aber ausdrücklich negirt. Vgl. auch Osterloh l. c. II. § 275. Note 18.

[47]) „In matrimonio conjungendo et disjungendo" u. z. einmal „quia aliis melius sciunt" und sodann „ex ipsius conjugii praerogativa et quia favorabilis res est": c. 2. C. 35. q. 6; c. 8. X. qui matr. accus. poss. (4. 18.); dazu c. 1. C. 35. q. 6; c. 5. 22. 24. X. h. t. (2. 20). Die Ausdehnung dessen auf alle Fälle „si veritas aliter haberi nequit" (s. Endemann l. c. S. 208.) ist nach canon. Rechte unbegründet. S. auch Zachariae l. c. II. S. 187. Daß der Verdachtsgrund der Verwandtschaft auch wegfalle, wenn der Zeuge beiden Proceßparteien gleich nahe verwandt ist (Bayer l. c. S. 811. Langenbeck l. c. S. 475. Wetzell l. c. S. 186. Note 32b), sowie wenn er gegen den Verwandten, der ihn producirt hat, aussagt (Bayer l. c.), läßt sich weder durch die Natur der Sache, noch durch l. 67. § 1. D. de ritu nupt. (23. 2.), aus welcher argumentirt wird, begründen. Vgl. Reinhardt l. c. I. 168. Note 1. Wenn endlich noch behauptet wird (Bayer l. c. Langenbeck l. c. S. 477.), der genannte Verdachtsgrund falle auch weg, wenn der Zeuge von der mit ihm nicht verwandten Partei vorgeschlagen wird, da in diesem Falle der Producent factisch auf die Einwendung gegen diesen Zeugen Verzicht geleistet habe, so ist das eben eine Folge des im Civilproc. auch bei anderen Verdachtsgründen möglichen Verzichtes und gehört als solche nicht hieher; außerdem ist wol die Frage, ob in dem erwähnten Vorgange ein derartiger stillschweigender Verzicht liege, doch erst noch quaestio facti.

lobten trifft, iſt zwar durch kein poſitives Geſetz direct ausgeſprochen, aber nach der ganzen Auffaſſung und Behandlung der Ehe und des Verlöbniſſes im canon. Rechte vollkommen ſicher[48]).

Eine derartige Beziehung liegt ferner in beſonderer Freundſchaft für oder Feindſchaft gegen die Proceßpartei, ſowie in einem beſtimmten Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältniſſe zu derſelben, weßhalb nach röm. und canon. Rechte im Civil- und Strafproceſſe der Beſtand eines ſolchen Verhältniſſes bei der Zeugenausſage wol zu prüfen und zu beachten iſt[49]). Genaueres iſt dießfalls nur für den Accuſationsproceß des Strafverfahrens rückſichtlich deren, die in ernſtlicher Feindſchaft mit dem Angeklagten ſtehen, ſowie rückſichtlich der vom Ankläger abhängigen Hausgenoſſen beſtimmt; dieſe ſind da zum Zeugniſſe unfähig[50]). Im Uebrigen aber ſind die ſämmtlichen genannten Beziehungen nur als Verdachtsgründe behandelt, deren Gewicht der Richter nach den Umſtänden des concreten Falles zu beſtimmen hat. Daß ein derart wirkendes Freundſchafts- oder Feindſchaftsverhältniß nicht ſchon in dem Vorhandenſein allgemein ſympathiſcher oder antipathiſcher Stimmung liegt, fällt von ſelbſt auf, das aber muß insbeſondere hervorgehoben werden, daß Hausgenoſſenſchaft, Dienſtesanſtellung u. dgl. für ſich allein keinen ſelbſtſtändigen Verdachtsgrund bildet; nur dann, wenn und inſoweit, als dieſelbe eine der obgenannten Beziehungen involvirt oder darſtellt, liegt darin ein Verdachtsgrund[51]). Auf die Annahme einer feindſeligen Geſinnung gründet ſich auch die Beſtimmung des canon. Rechts, daß im Accuſationsproceſſe des Strafverfahrens Laien zum Zeugniſſe gegen Cleriker unfähig ſind[52]).

Wegen ſolcher Beziehung ſind ferner im Civilproceſſe zum Zeugniſſe un-

---

[48]) Vgl. Durantis l. c. Nr. 15. Mascardus l. c. concl. 1429.

[49]) Mehr ſagen die dießbezüglichen Geſetze nicht: l. 8. pr. D. h. t. (22. 5.) in c. 3. § 2. C. IV. q. 2 u. 3. „Testium fides diligenter examinanda est ideoque in persona eorum exploranda erunt inprimis .... an ei inimicus sit, adversus quem testimonium fert vel amicus ei, pro quo testimonium dat“ etc.

[50]) nov. 90. c. 7; l. 17. C. h. t. (4. 20.); c. 2. 3. 4. C. III. q. 5; c. 32. X. de sim. (5. 3.); — l. 6. 24. D. h. t. (22. 5.); l. 1. § 3. D. de quaest. (48. 18.); l. 3. C. h. t. (4. 20.); c. 1. 12. C. III. q. 5; c. 3. § 8. 18. 31. C. IV. q. 2 u. 3. Daß dieß ſog. inimicitia capitalis (Todfeindſchaft), welche in der älteren Literatur (ſ. Mascardus l. c. concl. 901 u. 1051. München l. c. S. 130. Reinhardt l. c. I. § 165. 4. § 166. 2. Oſtertoh l. c. § 275. Note 22.) hier die Hauptrolle ſpielt, ſein müſſe, iſt abgeſehen davon, daß der Begriff von inimicitia capitalis gar nicht feſtſtand, aus den cit. Geſetzen nicht zu deduciren. Vgl. Langenbeck l. c. S. 492 u. ff.

[51]) Dieß iſt trotz des ſehr ausgedehnten Begriffes von testimonium domesticum (ſ. Mascardus l. c. concl. 534. concl. 1364 Nr. 46) ſowol der Natur der Sache, als dem Sinne der obigen geſetzlichen Beſtimmungen allein entſprechend. S. Bayer l. c. S. 812. Langenbeck l. c. S. 489 u. ff. Endemann Beweisl. § 52. Mittermaier Beweislehre S. 334. u. ff.

[52]) c. 14. X. h. t. (2. 20.); cf. c. 1. 2. 3. 5. C. II. q. 7; c. 5. C. VI. q. 1; c. 2. C. XI. q. 1. Die Hinweiſung auf ein feindliches Verhältniß gibt c. 5. C. II. q. 7. u. c. 3. in VI^to. de immun. eccles. (3. 23.) ausdrücklich.

fähig diejenigen Personen, welche der Partei in der betreffenden Proceßsache als Advocaten, Procuratoren oder als sonstige je nach den processualischen Institutionen zugängliche Parteiorgane Beistand geleistet haben oder noch leisten[53]). Bei diesen schlägt übrigens auch zum Teile wenigstens der bereits früher erörterte Gesichtspunkt der eigenen Sache, resp. des eigenen Interesse durch. Auf den Strafproceß hat dieß keine Anwendung, da die auch gemeinrechtlich auf l. 25. D. cit. gestützte Befreiung des Defensors des Angeschuldigten von der Verpflichtung zur Aussage rücksichtlich dessen, was ihm in dieser Eigenschaft von seinem Clienten anvertraut worden ist, doch weder die Fähigkeit desselben zur Aussage, noch die Glaubwürdigkeit der letzteren berührt[54]).

Endlich stehen in derartiger Beziehung noch diejenigen, welche sich behufs ihrer Aussage haben bestechen lassen und diejenigen, welche von dem durch die Zeugenaussage doch immerhin mitbestimmten Ausgange des Processes für sich selbst einen Nutzen oder Schaden zu erwarten haben. Die ersteren sind im Civil- und im Strafprocesse zum Zeugnisse unfähig[55]), die letzteren je nach dem Grade dieses ihres Interesse verdächtig[56]).

---

[53]) l. 25. D. h. t. (22. 5.) in c. 8. § 19. C. IV. q. 2. u. 3; c. 6. X. h. t. (2. 20.); c. 3. in VI^to h. t. (2. 10.). Daß unter den vielumstrittenen „executores negotiorum“ der cit. l. 25. D. h. t. wirklich processualisches Hilfspersonal zu verstehen ist, das die Partei resp. deren Proceßsache fördert, wie schon Hefftter l. c. § 139. Note 137, Gesterding Ausbeute von Nachforsch. IV. S. 213 u. ff. u. Wetzell l. c. S. 181. Note 8. annehmen, dürfte gegenwärtig nach der Darstellung Bethmann-Hollweg's: röm. Civilproc. III. S. 157 u. ff. wol nicht mehr zweifelhaft sein. (Dagegen wäre insbes. zu vergl. Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. I. S. 233 u. ff.). Damit ist aber auch entschieden, daß es sich da eben um processualische Vertretung oder Hilfeleistung handelt und daß Personen, welche der Partei bei dem Rechtsgeschäfte, aus welchem processirt wird, als Unterhändler, Mandatare, Administratoren u. dgl. dienten, darunter nicht begriffen sind. S. Renaud l. c. S. 294. 295. Langenbeck l. c. S. 468 u. ff. geht in der auf die oben cit. Stellen gegründeten Fassung dieses Punktes m. E. viel zu weit. Daß übrigens bei Personen der letzteren Art sich leicht Verdachtsgründe aus anderen Gesichtspunkten ergeben können, bedarf keiner weiteren Ausführung.

[54]) S. Mittermaier Beweisl. S. 311. Zachariae l. c. § 98. S. 194.

[55]) l. 3. § 5. D. h. t. (22. 5.) in c. 3. § 3. C. IV. q. 2 u. 3; l. 33. D. de re jud. (42. 1.); l. 1. § 2. D. ad leg. Corn. de falsis (48. 10.); l. 17. C. h. t. (4. 20.) in c. 3. § 43. C. IV. q. 2 u. 3; c. 9. X. de prob. (2. 19.); c. 5. 9. X. h. t. (2. 20.); c. 10. X. de praesumt. (2. 23.). Nach l. 3. § 5. D. cit. u. l. 1. § 2. D. cit. ist die Unfähigkeit derselben nicht bloß relativ, sondern absolut. S. Bayer l. c. S. 808. Wetzell l. c. S. 181. Note 7. Dagegen Renaud l. c. S. 293. Note 41. Daß übrigens die Vergütung für Reisespesen u. dgl. nicht unter den Begriff von Bestechung falle, versteht sich wol von selbst. S. Langenbeck l. c. S. 479. Mittermaier Beweisl. S. 320.

[56]) l. 3. pr. D. h. t. (22. 5.) in c. 3. § 2. C. IV. q. 2 u. 3. Daß dieß auch unter den Gesichtspunkt der eigenen Sache fällt, ist klar; nur ist da mit allgemeinen Unterscheidungen, wie z. B. zwischen unmittelbarem und mittelbarem Interesse (etwa nach l. 1. § 11. D. quando appell. sit. (49. 4.) s. Reinhardt l. c. I. § 165. 3. 166. 4. Linde Lehrb. § 258. i. f. § 259. Osterloh l. c. II. § 275. Note 21. Renaud l. c. S. 293.) keine feste Grenze zu gewinnen, da schließlich doch nur die Würdigung der Individualität und der

Es hat demnach das canonische Recht eine ganz künstliche Reihe von Gründen zusammengebracht, welche nach der demselben zu Grunde liegenden Auffassung die Beweiskraft der Zeugenaussage alteriren, und es muß sich für die processualistische Behandlung daran sofort die Frage anschließen: Können Personen, bei welchen derartige Gründe obwalten, zur Vernehmung vor dem Richter überhaupt zugelassen werden oder nicht? und wenn nicht, hat sie der Richter von Amtswegen zurückzuweisen oder kann er dieß nur auf Verlangen des Gegners des Producenten thun? Leider ist im römischen und im canon. Rechte diese wesentlich processualische Frage, welche sich logisch doch als Folge der mehr materiellen Bestimmungen über die Glaubwürdigkeit des Zeugen resp. die Beweiskraft seiner Aussage darstellt und daher von der Frage nach der letzteren wol zu sondern ist, mit dieser stets vermengt und dieß ist auch der eigentliche Grund der schon oben [17]) angedeuteten, dießfalls herrschenden Unbestimmtheit und wenigstens scheinbaren Widersprüche. Soviel steht der Natur der Sache nach fest, daß Personen, welche vermöge ihrer physischen oder geistigen Beschaffenheit gar nicht wahrnehmen oder mitteilen können (bei den sog. natürlichen Unfähigkeitsgründen, s. oben 1. a. b.), sowie diejenigen, welche nach positiver gesetzlicher Bestimmung das Wahrgenommene nicht mitteilen dürfen (s. oben 1. c. α.), sowol im Civil-, als im Strafprocesse von Amtswegen zurückzuweisen sind, wenn diese Umstände dem Richter als solchem bekannt sind. Denn schon die Vernehmung eines Blinden über Gesehenes, eines Wahnsinnigen u. dgl. wäre Absurdität, in welche doch selbst die weitestgetriebene Verhandlungsmaxime nicht ausarten und zu welcher sich der Richter gerade im canon. Processe sicherlich nicht mißbrauchen lassen darf [18]). Rücksichtlich der übrigen Unfähigkeitsgründe aber ist zwischen den verschiedenen Arten des Processes zu unterscheiden. Dort, wo (wie im Civilprocesse) die Verhandlungsmaxime vorwaltet, ist es eine Consequenz derselben, daß der Richter den Unfähigkeitsgrund nicht von Amtswegen, sondern nur auf Grund der vom Gegner des Producenten rechtzeitig vorgebrachten Einwendung berücksichtigen, also den Zeugen zurückweisen kann; wo hingegen (wie im canon. Strafprocesse nach seiner schließlichen Durchbildung und im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten [19]) das Untersuchungsprincip herrscht, hat der Richter den unfähigen Zeugen auch ohne solche Einwendung von Amtswegen zurückzuweisen.

---

concreten Umständen entscheiden kann. S. Endemann Beweislehre § 53. Protobevera l. c. S. 235 u. ff. Haimerl l. c. S. 18 u. ff.

[17]) S. Note 26. Im englischen Processe sind diese beiden Fragen sehr genau und markant geschieden. „Ob ein Zeuge zulässig sei oder nicht, darüber hat .... einzig der Richter zu entscheiden. Dagegen ist es ausschließlich Sache der Jury, zu ermessen, wieviel oder wie wenig Glauben ein Zeuge verdiene." Rüttimann der englische Civilproc. (Leipzig 1851.) § 351.

[18]) Endemann Beweisl. S. 238 bemerkt zwar: „Von einer Befugniß des Richters, Zeugen als inhabil ex officio vor dem Verhör zu verwerfen, findet sich keine Spur"; allein das ist wol auch nicht gerade nötig, um an dem im Texte Gesagten festzuhalten. Vgl. Endemann Civilproc. § 189. III.; Renaud l. c. § 110 i. f.

[19]) S. I. Teil. S. 7 u. ff

Hievon hat das canon. Recht nur die Ausname gemacht, daß, wenn es sich im Strafverfahren um besonders schwere Verbrechen, wie Majestätsbeleidigung, Häresie, Apostasie, Simonie u. a. handelt, auch sonst unfähige Zeugen zur Vernehmung sollen zugelassen werden [60]). Allein dieß beruht nicht so sehr auf der Anerkennung einer sonst unfähigen Zeugen in derartigen Fällen zukommenden Beweiskraft, sondern trägt vielmehr den Charakter einer „propter immanitatem haeresis simoniacae“ (c. 32. X. cit.) eintretenden Strafverschärfung und gehört als solche eigentlich nicht hieher. Wol aber muß hier noch hervorgehoben werden, daß in Gemäßheit des Untersuchungsprincipes der Richter im inquisitorischen Strafverfahren ohneweiters auch zur Vernehmung solcher Personen schreiten kann, welche nach dem Gesetze zur Zeugenaussage unfähig sind, da darin eines der dem Inquisitionsrichter überhaupt zu Gebote stehenden allgemeinen Mittel zur Nachforschung liegt und da, wo wie im canon. Rechte der Indicienbeweis besteht, selbst für den Beweis daraus Anhaltspunkte (indicia, praesumtiones) gewonnen werden können [61]). Die Bestimmungen über den Zeugenbeweis können darauf jedoch naturgemäß keine Anwendung haben. Wegen bloßer Verdachtsgründe kann die Zulassung des Zeugen, bei welchem solche obwalten, eigentlich gar nicht in Frage kommen; denn wenn durch dieselben die Beweiskraft der Aussage nicht ausgeschlossen, sondern nur geschwächt oder verringert wird, so ist ja die Zulassung desselben zur gerichtlichen Vernehmung im Civil- und im Strafprocesse unter allen Umständen gerade notwendig, um eben beurteilen zu können, wieweit der Grund wirke, wieweit nicht. Dieß scheint nun aber gerade im canon.

---

[60]) Dieß sind die „excepta crimina“, von denen c. 56. X. h. t. (2. 20.) spricht. S. c. 7. 31. 32. X. de simon. (5. 3.); c. 1. X. de confessis (2. 18.); c. 5. 13. de haeret. in VI^to^ (5. 2.). Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 56. X. cit. u. ad c. 1. X. de conf. cit. Mascardus concl. 468. 465 Nr. 9 u. ff. concl. 1365. Nr. 18. 19. 36. u. a. München l. c. I. S. 137. II. S. 271. 310. 338. u. a. Die Zulassung solcher Zeugen ist da „non secundum juris rigorem, sed secundum temperantiam aequitatis“ (c. 32. X. cit.) klar ausgesprochen; daß dieselben nunmehr aber auch vollkommen fähig oder glaubwürdig seien, liegt darin keineswegs, im Gegenteile, c. 5. in VI^to^ cit. fügt ausdrücklich bei: „si ex verisimilibus conjecturis et ex numero testium aut personarum tam deponentium quam eorum, contra quos deponitur, qualitate ac aliis circumstantiis sic testificantes falsa non dicere praesumantur“. — Ueber das Unbegründete einer für den Civil- und Strafproceß behaupteten weiteren Ausname, nemlich der Zulassung solcher Zeugen auch in dem Falle, si veritas aliter haberi non potest, s. Reinhardt l. c. I. § 168. Note 1. Bayer l. c. S. 817. 818. Renaud l. c. § 110. Note 86 u. 89. Zachariae l. c. § 98. Note 16.

[61]) S. Planck l. c. S. 366. „Gleichwol ist es in allen Fällen dem Ermessen des Gerichtes anheimgestellt, dieselbe (zeugnißunfähige Person), wie es heißt, zur Aufklärung zu vernehmen, sobald es nicht unwahrscheinlich sei, daß ihre Aussage zur Entdeckung der Wahrheit führen werde.... Eine solche Einrichtung kann im Untersuchungsverfahren kaum entbehrt werden“ ꝛc. u. dazu Note 24: „Das ist in der That das Resultat des gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauchs, welcher die geschriebenen Gesetze abgeändert hat“. Den älteren Processualisten ist die Vernehmung von testes inhabiles „ad faciendam praesumtionem, ad faciendum indicium“ geläufig, s. z. B. Mascardus l. c. concl. 1318. Nr. 17 u. v. a.

Rechte zweifelhaft gemacht durch ausdrückliche geſetzliche Beſtimmungen, in welchen z. B. erklärt wird: „.... testimonium ejus videtur esse suspectum et ideo non esse aliquatenus admittendum“ (c. 22. X. h. t. 2. 20.) oder „accusatores vel testes suspecti non recipiantur“ (c. 12. C. III. q. 5.) oder „nec contra ipsos aliquos audias, nisi probatae essent vitae et opinionis, de quibus verisimile non esset, quod deberent pro aliquo dejerare“ (c. 24. i. f. X. h. t. 2. 20.); darnach ſcheint doch jeder wie immer verdächtige Zeuge ſelbſt von der gerichtlichen Vernehmung ganz und gar ausgeſchloſſen[62]). Allein was ſchon Bayer l. c. S. 813. 814. bezüglich der dießfälligen Stellen des römiſchen Rechts nachgewieſen hat, gilt auch vollſtändig von den citirten Beſtimmungen des canon. Rechts; die da gebrauchten Ausdrücke ſind nicht ſo ſtrenge zu nehmen. Das „admittere“ und „recipere“ iſt durchaus nicht auf die Zulaſſung zur gerichtlichen Vernehmung zu beſchränken, ſondern auch auf die Anerkennung der vollen Beweiskraft des Zeugniſſes, auf „die Zulaſſung der Ausſage als vollgiltiges Zeugniß“ zu beziehen und in den cit. Stellen in dem letzteren Sinne zu verſtehen[63]). Sonſt wäre es wol nicht leicht denkbar, daß z. B. c. 9. X. de prob. (2. 20.) verordnete: „.... Quidam vero alii pauci numero quamvis non reprobentur expresse, usque adeo tamen malae famae sunt et levis opinionis, quod eorum dictis nulla vel modica est fides adhibenda“; denn personae malae famae et levis opinionis ſind entſchieden verdächtige Zeugen (ſ. oben c. 7.), dennoch wird ihnen hier, ſelbſt wenn dieſer Verdachtsgrund ſtark hervortritt (usque adeo), noch modica fides zugeſchrieben; wie wäre dieß aber möglich und wie könnte insbeſondere im concreten Falle beurteilt werden, ob ihnen „nulla vel modica sit fides adhibenda“, wenn ſie gar nicht zur Vernehmung dürften zugelaſſen werden[64])? Damit dürfte wol der Beweis geliefert ſein, daß auch nach

---

[62]) In der That bemerkt auch Wetzell l. c. S. 186 Note 33: „.... ſo ſcheint das canon. Recht, obſchon es bei widerſtreitenden Ausſagen das Anſehen der Zeugen nicht unberückſichtigt läßt — c. 9. X. de prob. (2. 19.), c. 32. X. t. h. (2. 20.) — verdächtige Zeugen allgemein von dem Eid u. der Vernehmung ausgeſchloſſen zu haben, um nicht zu einem Meineid Veranlaſſung zu geben — c. 22. 24. 47. X. eod. — womit auch c. 2. X. de fidejus. (3. 22.) (quanta fides) nicht im Widerſpruch ſteht.“

[63]) Daß die angeführten Worte im canon. Rechte wirklich in dieſem letzteren Sinne gebraucht werden, dafür dürfte die in c. 3. X. qui matr. acc. poss. (4. 18.) angewendete Ausdrucksweiſe: „in testificatione (ſtatt ad testimonium) admitti s. recipi“ einen nicht unwichtigen Beleg bieten; denn, daß damit mehr die Anerkennung der Glaubwürdigkeit, als die Zulaſſung zur Vernehmung gemeint ſei, ſcheint mir ganz unzweifelhaft.

[64]) Im Zuſammenhange damit läßt ſich das von Wetzell an dem oben Note 62. angef. Orte zurückgewieſene c. 3. X. de fidejus. (3. 22.) immerhin zur Unterſtützung mitanführen. Gegen die weitere, insbeſondere auf c. 24. X. h. t. (2. 20.) geſtützte Begründung Wetzell's: es ſei dieſe Ausſchließung im canon. Rechte erfolgt, „um nicht zu einem Meineid Veranlaſſung zu geben“, iſt zunächſt zu bemerken, daß der ausgedehnte Gebrauch, den das canon. Recht insbeſondere im Proceß vom Eide überhaupt macht, von einem derartigen Streben des canon. Rechts wahrlich wenig erkennen läßt und ſodann iſt ja in dem cit. c. 24. X. keineswegs geſagt daß die Gefahr des Meineides bei verdächtigen Zeugen ohneweiters vorliege,

canon. Rechte bloß verdächtige Zeugen zur gerichtlichen Vernehmung ohneweiters zuzulassen sind [65].

Dem Gesagten zufolge ist die Persönlichkeit des Zeugen nicht bloß für die Beurteilung der Beweiskraft seiner Aussage, sondern schon für die Zulassung desselben zur Vernehmung von hoher Wichtigkeit. Es muß daher vor Allem die Identität des Zeugen, d. h. der Umstand, daß der Zeuge wirklich diejenige Person ist, als welche er ausgegeben wird und deren Verhältnisse dieser Beurteilung, resp. der Zulassung zu Grunde gelegt werden, wenn darüber ein Zweifel entsteht, constatirt werden. Die Verpflichtung dazu trifft im erforderlichen Falle dort, wo das Verhandlungsprincip maßgebend ist, denjenigen, der sich auf diesen Umstand beruft, d. i. den Beweis- resp. Zeugenführer, dort aber, wo das Untersuchungsprincip herrscht, ist sie Amtssache des Richters; denn es ist dieß ein für den Proceß ebenso relevanter Umstand, wie jeder andere dem Beweise unterliegender und er fällt daher auch unter die allgemeinen Grundsätze der Beweislast.

2.) Ueber die Art oder die Form der Aussage gibt das canon. Recht ausführliche Bestimmungen, welche jedoch zum Beweisverfahren gehören und daher erst im zweiten Abschnitte zur Erörterung gelangen werden. Hier, wo es sich um die Feststellung der zur Beweiskraft notwendigen Erfordernisse handelt, ist nur von der Beeidigung als einem die Form der Aussage betreffenden Erfordernisse zu sprechen, rücksichtlich der sonstigen aber nur zu bemerken, daß die Aussage in der gesetzlich bestimmten Art abgelegt werden muß. Die Beeidigung des Zeugen nun ist nach canon. Rechte eines der wesentlichsten Erfordernisse der Beweiskraft seiner Aussage; „respondemus, quod nullius testimonio, quantumcunque religiosus exsistat, nisi juratus deposuerit, in alterius praejudicium debet credi [66]“, und es besteht dießfalls zwischen den verschiedenen Arten des Processes nur der Unterschied, daß dasselbe zwar dort, wo das Verhandlungsprincip herrscht (im Civilprocesse und teilweise auch im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten), durch Einverständniß beider Teile, sonst aber nie erlassen werden

---

vielmehr läßt sich aus dem gesetzlich (z. B. c. 5. X. h. t. 2. 20.) bestimmten Inhalte des Zeugeneides schließen, daß das can. Recht auch bei verdächtigen Zeugen darin ein Gegengewicht gegen die Wirkung des Verdachtsgrundes erblicke und daher die Beeidigung derselben nicht so ängstlich vermeide.

[65]) Vgl. über die ganze Frage der Zulassung zur Vernehmung Gensler Comment. zu Martin's Lehrb. ad § 182. F. Bayer l. c. § 247. Endemann Beweisl. § 59. Renaud l. c. § 110 i. f. Planck l. c. S. 366. Vgl. dazu schon Bonaguida summa super offic. advoc. p. III. tit. 7. bei Wunderlich anecdota. S. 295.

[66]) c. 51. X. h. t. (2. 20.); dazu c. 3. § 1. C. II. q. 4; c. 20. C. III. q. 9; c. 3. § 37. C. IV. q. 2 u. 3; c. 5. 9. 16. 17. 39. 47. 51. X. h. t. (2. 20.); c. 17. 18. X. de accus. (5. 1.). So auch schon nach röm. Rechte: l. 9. 16. 18. C. h. t. (4. 20.) Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II. § 108. Nr. 6. 2. Langenbeck l. c. S. 495. Note a. Renaud l. c. § 111. Note 25.

kann[67]). Der Zeuge hat den Eid, nachdem er vom Richter zu wahrheitsgetreuer Aussage ermahnt worden, vor seiner Vernehmung u. z. dahin abzulegen, daß er über das, was er werde gefragt werden, die reine und volle Wahrheit aussagen und daß er sich dabei weder durch Gunst, noch durch Ungunst leiten lassen werde[68]). Dieser Eid kann selbstverständlich weder die richtige Wahrnehmung des Zeugen, noch das vollständige und getreue Festhalten des Wahrgenommenen, sondern immer nur den Willen desselben garantiren, daß er das, was er wirklich wahrgenommen und im Gedächtnisse behalten hat, vollständig und getreu mitteilen werde. Da nun die Beweiskraft des Zeugnisses nicht bloß von diesem Willen, sondern ebenso wesentlich auch von den anderen beiden Momenten abhängt, so kann dieser Eid immer nur den Charakter einer Verstärkung oder

---

[67]) c. 39. X. h. t. (2. 20.). Daß hier das „nisi forte a parte remittatur adversa" nicht von einem einseitigen Verzichte des Gegners des Zeugenführers, sondern nur von dem einverständlichen Verzichte beider Parteien zu verstehen sei, haben schon Bayer l. c. S. 804 u. Langenbeck l. c. S. 500 ganz richtig betont. Ebenso ist durch Wetzell l. c. S. 184. Note 19. bereits bemerkt, daß die weitere, insbes. auf c. 6. X. de renunc. (1. 9.) u. c. 7. X. de prob. (2. 19.) gestützte Ausname von der Notwendigkeit der Zeugenbeeidigung in dem Falle, wenn eine Amtsperson etwas bezeugen soll, was sie von Amtswegen verfügt oder wahrgenommen hat (Heffter l. c. § 241. Note 151. Osterloh l. c. § 278. Note 4. Bayer l. c. S. 804. Renaud l. c. § 111, Note 29. Langenbeck l. c. S. 500 u. 501.), im canon. Rechte durchaus nicht begründet ist (da die cit. Stellen von der Zeugenaussage einer Amtsperson eben gar nicht sprechen), vielmehr auf germanischem Gerichtsgebrauche beruht. Daß endlich die Persönlichkeit des Zeugen nach canon. Rechte dießfalls keine Ausname begründet, insbesondere Cleriker ebenso wie Laien zu beeiden sind, ist in den Note 66 cit. Stellen ausdrücklich gesagt. S. dießfalls Bayer l. c. u. Glück Comment. Bd. 22. S. 193 u. ff.

[68]) c. 5. X. h. t. (2. 20.): „Probatio autem testium debet fieri duplici juramento, ut jurent se non privato odio neque amicitia neque pro aliquo commodo, quod habuerint, vel quod habent vel habituri sunt, ad hoc jurandum inductos." S. dazu c. 80. C. XI. q. 3; c. 47. X. h. t. (2. 20.); c. 1. X. de crimine falsi (5. 20.). Ueber die allmälige Specialisirung u. Ausdehnung des Inhaltes dieses Eides s. Damasus ordo jud. bei Wunderlich anecdota tit. 68. 70. Pillius ord. jud. bei Bergmann p. 8. § 10. Tancredus ordo jud. ibid. p. 3. tit. 9. § 1. Mascardus l. c. Vol I. quaest. 5. Nr. 74. u. ff. Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 4. Joannis de Urbach proc. judicii ed. Muther (Halis. 1873) cap. 34. S. 192. Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 400 u. ff., übhpt passim. Dazu bes. noch Zimmermann der Glaubenseid (Marburg u. Leipzig 1863.) S. 74. 115. 263. 411. 412. Gegen die allgemeine Bezeichnung des Zeugeneides als eines promissorischen, „weil er nicht nach, sondern vor gemachter Aussage dahin geleistet wird, daß der Zeuge die Wahrheit sagen wolle" (Bayer l. c. S. 805. Renaud l. c. S. 303. Langenbeck l. c. S. 496. Mittermaier Beweisl. S. 292. 293. u. Strafverf. II. § 135. S. 100.) s. Zachariae l. c. II. § 101. Note 1: „Der Zeugeneid ist, wol zu merken, immer ein assertorischer und kein sog. promissorischer, er mag nun vor oder nach der Deposition geschworen werden." — Die erwähnte Mahnung durch den Richter ist durch c. 1. X. de test. cog. (2. 21.) ausdrücklich verlangt, eine förmliche Verwarnung vor dem Meineide aber, wenngleich überhaupt gerechtfertigt, doch nicht vorgeschrieben. S. jedoch Wetzell l. c. S. 184. Note 16. Langenbeck l. c. S. 498. Note a.

Sicherung der in der Zeugenaussage liegenden Beweiskraft an sich tragen[69]). Es ist dieß aber eine Verstärkung, welche das canon. Recht abgesehen von dem nach dem Verhandlungsprincipe zulässigen Verzichte der Parteien für jedes Zeugniß, das glaubwürdig sein soll, verlangt und daraus ergibt sich einerseits, daß Personen, welche nach positiven gesetzlichen Bestimmungen als eidesunfähig bezeichnet werden, auch ohne Rücksicht auf ihre sonstigen persönlichen Qualificationen zum Zeugnisse unfähig sind und andererseits, daß die allgemeine Zeugnißpflicht auch die Verpflichtung zur Ablegung des Zeugeneides involvirt[70]).

Was endlich 3.) den Inhalt der Aussage betrifft, so ist die beweisende Kraft derselben vor Allem davon abhängig, daß sie den zu beweisenden Satz (das Beweisthema) selbst zum Gegenstande habe; denn es soll eben im Processe nicht bloß überhaupt etwas, sondern etwas ganz Bestimmtes, Concretes erwiesen werden und daher muß das concrete Beweisthema für den Inhalt der beweiskräftigen Zeugenaussage zu allererst maßgebend sein[71]).

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß eine Aussage, welche nicht den Beweissatz selbst und unmittelbar, sondern einen anderen, mit diesem in näherem oder entfernterem Zusammenhange stehenden Umstand zum Gegenstande hat, für den Beweis dieses Thema's ganz wertlos sei; es kann vielmehr durch derartige Aussagen dort, wo, wie im canon. Rechte, Indicienbeweis zulässig ist, zum Beweise mehr oder weniger wesentlich mitgewirkt, ja sogar überhaupt indirecter Beweis erbracht werden. Allein in diesen Fällen liegen die Beweisgründe nicht in der Zeugenaussage, sondern in anderen Momenten und die Aussage ist selbst nur Beweismittel für die Existenz dieser Momente. Die Aussage muß ferner, um Beweiskraft zu haben, bestimmt und deutlich sein[72]), das, was sie enthält,

---

[69]) „Der Zeugeneid ist an sich kein Moment der inneren Wahrscheinlichkeit der Aussage, sondern eine Förmlichkeit, die aber durch neue Motive die Ungewißheit über die verborgenen moralischen Mängel des Zeugen vermindern, vorzüglich aber der Unlust und dem richterlichen Zwange zur Aussage das Gegengewicht halten und auf diese Weise die Glaubwürdigkeit verstärken soll." Pratobevera l. c. S. 314. Was damit eigentlich gesagt sein will, wenn Endemann Beweislehre § 57. S. 229 bemerkt, es „zeige die eifrige Ausbildung der Eidesformel auf Grundlage des c. 5. X. h. t., daß der Eid mehr, als eine bloße Verstärkung, gleichsam(?) ein eigenes Beweismittel geworden war", scheint mir nicht recht klar. Ueber die Verläßlichkeit der in diesem Eide liegenden Garantie im Allgem. vgl. Bentham l. c. S. 94—102. Best l. c. § 49—32. Globig l. c. II. 1. Abschn. §. 4.

[70]) c. 14. 15. 16. C. XXII. q. 5. Durantis l. c. lib. 1. part. 4. de teste. § 1. Nr. 34 u. § 4. Nr. 6. Endemann Civilproc. § 190. III. 201. B. Zachariae l. c. § 101. III. Planck l. c. § 130.

[71]) cf. l. 3. § 1. D. h. t. (22. 5.); c. 29. 53. X. h. t. (2. 20.). Endemann Beweislehre § 55. u. Civilproc. § 190. I.

[72]) Daß ursprüngliche Undeutlichkeit durch neuerliche Vernehmung behoben werden kann, sagt c. 53. X. h. t. (2. 20.) ausdrücklich. Das persönliche Benehmen des Zeugen bei der Aussage läßt wol sowie auf seine Glaubwürdigkeit überhaupt, so auch insbesondere auf diese Eigenschaft seiner Aussage schließen, doch gehört dasselbe nicht zum Inhalte der Aussage (Bayer l. c. S. 802), sondern zur Art oder Form derselben.

darf nicht an sich unglaublich sein[73]) und muß auf der eigenen Wahrnehmung des Zeugen beruhen; die ersteren dieser Erfordernisse ergeben sich aus der Natur des Beweises, das letztere aus dem Begriffe des Zeugnisses[74]), sind übrigens auch durch die positiven Gesetze[75]) ausgesprochen. Ob nun im concreten Falle die Aussage den erforderlichen Grad von Bestimmtheit und Deutlichkeit besitze, ob sie nicht Widersprüche oder Unmögliches enthalte, das kann nicht durch allgemeine Regel im Voraus, sondern nur durch logische Prüfung des Richters in eben dem concreten Falle bestimmt werden; die Aussage aber, welche nicht die eigene Wahrnehmung des Zeugen zur Basis hat, sondern nur auf fremde Mitteilung, auf Hörensagen sich stützt (testimonium de auditu), kann kein beweiskräftiges Zeugniß bilden[76]). Dabei ist jedoch wol zu beachten, daß nicht jede Aussage, deren Inhalt nur auf fremder Mitteilung beruht, auch ohneweiters als bloßes testimonium de auditu der Beweiskraft entbehrt, es hängt dieß vielmehr von dem Verhältnisse der Aussage zum Gegenstande des Beweises ab. Wenn und insoweit der Beweissatz selbst eben nichts Anderes, als die Constatirung der Mitteilung Anderer erheischt, wie z. B. beim Beweise der sog. unvordenklichen Verjärung odes eines Gerüchtes u. dgl., da liegt kein bloßes testimonium de auditu, sondern ganz begriffsgemäße, vollwertige Zeugenaussage vor[77]). Gegenstand des Beweises und Gegenstand der durch die Aussage kundgegebenen eigenen Wahrnehmung des Zeugen decken sich da vollkommen; nur dort, wo solche Deckung nicht stattfindet, sondern der Gegenstand

[73]) Ueber dieses Erforderniß s. insbes. die vortrefflichen Ausführungen Bentham's l. c. 8. Buch S. 506—517. „Die Unwahrscheinlichkeit einer Thatsache ist eine Art von Gegenzeugniß, das uns bestimmt, sie zu verwerfen, wie groß auch die Zal der Zeugen zu ihrem Gunsten sein möge." (S. 326.) u. Mittermaier Beweisl. S. 349.

[74]) Die Bemerkung Endemann's Civilproc. § 190. Note 6: „Daraus entsteht dann wieder der Cirkel, daß ebenso oft das Erforderniß der sinnlichen Wahrnehmung aus der Definition des Zeugnisbegriffs, als umgekehrt der letztere aus jenem Erforderniß herbeigeleitet wird", ist unbegründet, da das in den Zeugnißbegriff aufgenommene Merkmal der eigenen Wahrnehmung nicht dem hier erörterten Erfordernisse der Beweiskraft, sondern der Natur des im Zeugnisse liegenden Beweisgrundes (s. I. Teil S. 105 u. ff.) entnommen ist.

[75]) c. 7. §. 5. C. II. q. 1; c. 15. 17. C. III. q. 9; c. 9. 10. X. de probat. (2. 19.); c. 27. 28. 47. 55. X. h. t. (2. 20.).

[76]) „Es würde Alles auf die dem Richter unbekannte Beschaffenheit des ursprünglichen Augenzeugen ankommen und dem zweiten Zeugen eigentlich das Urteil eingeräumt werden, daß sein Verfahre recht wahrgenommen und getreu erzählt habe." Pratobevera l. c. Bd. 7. S. 222. S. Damasus ordo jud. l. c. tit. 71. Tancredus ordo jud. l. c. p. 2. tit. 9. § 2. ordo jud. des codex Bamberg. edidit Schulte (Wien 1872) S. 27. Durantis l. c. lib. 1. part. 4. de teste § 1. Nr. 50. 53 u. ff. Mascardus l. c. concl. 104. 151. 158. 1370 Nr. 19 u. a. J. H. Böhmer J. E. P. II. 20. § 41. Bayer l. c. S. 799. 800. Renaud l. c. S. 301. Mittermaier Beweisl. S. 349. Zachariae l. c. II. S. 441. Daß das nicht unter die die Persönlichkeit des Zeugen betreffenden Momente einzureihen ist, wie es neuestens noch Langenbeck l. c. S. 457 thut, darüber Hammerl l. c. S. 37. Vgl. auch Best l. c. § 315 u. ff. u. neuestens Heusler l. c. S. 274 u. ff.

[77]) Dies hat schon Wetzell l. c. S. 181. gegen die gemeine Meinung (Bayer l. c.)

des Beweises durch die Aussage bloß als Gegenstand einer dem Zeugen gewordenen fremden Mitteilung dargestellt ist, liegt testimonium de auditu vor. Hiernach sind nun zwar die in der besonderen Bestimmung des canon. Rechts (c. 5. 47. X. h. t. 2. 20.), — wornach zum Beweise der Verwandtschaft und Schwägerschaft selbst im Ehe-Vincularprocesse testes de auditu unter den in c. 47. cit. näher angeführten Cautelen ganz hinreichend sind[78]) — besprochenen Zeugenaussagen wirklich testimonia de auditu; dennoch aber möchte ich auch diese Bestimmungen nicht als eine Ausname von dem allgemeinen Charakter des test. de auditu, d. i. als Anerkennung der vollen Beweiskraft eines derartigen Zeugnisses, sondern vielmehr als eine Consequenz der allgemeinen Anschauung des canon. Rechts, daß beim Beweise der Verwandtschaft und Schwägerschaft die Durchführung der vollen Strenge der Beweisgrundsätze wegen der Natur dieser Verhältnisse nicht möglich ist[79]), und sonach als eine durch diese Anschauung bewirkte Milderung oder Aenderung des in diesen Fällen vorliegenden Beweisthema's gelten lassen. Da nun im concreten Falle dem Richter die Würdigung der Zeugenaussage überhaupt obliegt, so versteht es sich von selbst, daß er sie auch insbesondere nach der Richtung, ob sie auf eigener Wahrnehmung beruhe oder nicht, zu prüfen und zu beurteilen hat, und es ist allerdings richtig, daß ihm hiefür die Frage resp. die Angabe über den Grund des Wissens des Zeugen (über die ratio oder causa scientiae) die wichtigsten Anhaltspunkte liefern kann; allein es war zu weit gegangen, wenn die ältere Doctrin[80]) daraus die allgemeine Regel machte, daß ohne Angabe des Wissensgrundes das Zeugniß ganz ungiltig sei, denn auch die canon. Gesetze enthalten eine derartige Beschränkung des Richters in der Würdigung der Zeugenaussage nicht. Wol aber bestimmt das canon. Recht ausdrücklich, daß ein solches testimonium de auditu

---

sehr richtig hervorgehoben. So wenig ein Zeugniß schon deßhalb, weil es ein audire zum Inhalte hat, zum test. de auditu wird (Tancredus l. c.), ebenso wenig ist es in dem genannten Falle ein solches.

[78]) Die Ausdehnung dieser Bestimmung überhaupt auf den Beweis von allen antiqua, wie sie die ältere Doctrin (s. Mascardus l. c.) lehrt, ist auch mit Heranziehung von c. 13. X. de prob. (2. 19.) nicht zu rechtfertigen. Noch andere vorgegebene Ausnamen s. bei Endemann Beweisl. § 55. Note 22. Auch im englischen Beweisrechte gelten eine Reihe von Ausnamen s. Rüttimann l. c. § 367. 368.

[79]) „Ex quadam necessitate praeter communem formam olim fuerit institutum ...., quum propter brevem hominum vitam testes de visu deponere non valerent usque ad gradum septimum computando." c. 47. X. cit. So sind da auch Verwandte zum Zeugnisse zugelassen s. oben Note 47.

[80]) Mit Berufung auf l. 4. C. h. t. (4. 20.) in c. 3. § 32. C. IV. q. 2 u. 3; c. 7. § 3. C. II. q. 1. Vgl. Glosse ad c. 37. X. h. t. (2. 20.) v. „de causis": Tancredus l. c. p. 3. tit. 9. i. f. Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 5. Nr. 120. u. ff. Schmalzgrueber J. E. U. II. p. III. tit. 20. § 4 Nr. 102 u. ff. Gonzalez-Tellez Nota c. ad c. 37. X. h. t. (2. 20.); Endemann Beweislehre S. 218.

eben nach der dem Richter eingeräumten Beurteilung zur Herstellung des Beweises als praesumtio violenta immerhin mitwirken kann[81]).

Die nach dem bisher Erörterten in der Zeugenaussage liegenden Beweisgründe können im Processe nur zur Geltung kommen, wenn der Zeuge wirklich aussagt und daß dieß ganz von seinem Willen abhängt, ist klar. Ebenso gewiß ist aber auch, daß bei der Beschaffenheit des menschlichen Verkehrs eine geordnete, sichere Rechtspflege weder in Civil-, noch in Strafsachen möglich wäre, wenn es lediglich der Willkür des Einzelnen überlassen wäre, ob er im erforderlichen Falle über das von ihm Wahrgenommene oder Beobachtete aussagen wolle oder nicht"[82]). Deßhalb hat auch teilweise schon das Justinianisch-römische, ganz entschieden aber das canon. Recht die Verpflichtung zur Zeugenaussage sowol im Civil-, als im Strafprocesse als ein allgemeines munus publicum constituirt[83]). Diese Verpflichtung besteht also nicht der einzelnen Proceßpartei, sondern dem öffentlichen Gemeinwesen gegenüber und besteht darin, daß Jedermann schuldig ist, dem Richter, dessen Gerichtsbarkeit er untersteht, über ordnungsmäßiges Verlangen und Befragen desselben und gegen entsprechende Entschädigung für etwaige deßhalb entstandene Auslagen[84]) die von ihm gemachten Wahrnehmungen über die im Processe vorkommenden Thatsachen wahrheitsgetreu mitzuteilen[85]); sie schließt die Verbindlichkeit zur Beeidigung der Aussage, wie bereits oben (Nr. 2 i. f.) hervorgehoben wurde, in sich und hat, wenn der Aufgeforderte von der betreffenden Thatsache gar keine Kenntniß hat, den Inhalt, daß er eben dieß eidlich

---

[81]) c. 27. X. h. t. (2. 20.); cf. c. 13. X. de prob. (2. 19.); c. 27. X. de spons. et matr. (4. 1.); c. 5. X. de eo, qui cognov. (4. 13). Bayer l. c. S. 800.

[82]) „Auf diese Unentbehrlichkeit des Zeugnisses zur notwendigen Constatirung der Thatsachen ist die allgemeine Zeugnißpflicht zu stützen, nicht auf den zu weit greifenden Grund (Mittermaier's Beweisl. S. 308), daß jeder Staatsbürger schuldig sei, für die Erreichung des Staatszweckes thätig zu sein." Zachariae l. c. II. § 98. Note 1. Vgl. Bentham l. c. 9. Buch. 14. Cap. Globig l. c. I. S. 208. II. S. 186. Pratobevera l. c. S. 206. 211 u. ff. Das canon. Recht begründet in c. 11. X. h. t. (2. 21.) den Zwang ausdrücklich mit: ....„ne pro defectu testium pereat sua justitia"; ebenso c. 40. X. de test. (2. 20.). S. dazu die tüchtige Monographie v. Schrutka-Rechtenstamm Zeugnißpflicht u. Zeugnißzwang im österr. G. P. (Wien 1879.) § 7. 11.

[83]) l. 16. pr. l. 19. C. h t. (4. 20.); nov. 90. c. 8. tit. X. de testibus cog. (2. 21.); cf. auch l. 1. pr. u. § 1; l. 21. § 1. D. h. t. (22. 5.) c. 29. X. de test. (2. 20.). Rücksichtlich des im älteren röm. Rechte zwischen Civil- u. Criminalproc. dießfalls bestandenen Unterschiedes vgl. Zimmern röm. Civilproc. (Heidelberg 1829.) § 133. Note 3. — Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. I. S. 186. II. S. 597. Geib Gesch. des röm. Criminalproc. (Leipzig 1842.) S. 337 u. ff. Zumpt der Criminalproc. der röm. Republik (Leipzig. 1871.) S. 273 u. ff.

[84]) l. 11. l. 16. § 1. C. h. t. (4. 20.); c. 3. § 40. C. IV. q. 2 et 3; c. 11. § 8. de rescriptis in VI^to. (I. 3.).

[85]) Daß dieß „weder die Denunciationspflicht, noch die Verpflichtung in sich schließt, seine Meinungen oder Muthmaßungen über thatsächliche Verhältnisse.... kundzugeben" darüber s. Zachariae l. c. § 98.

bestätigen muß[86]). Diese allgemeine öffentliche Verpflichtung kann nach canon. Rechte durch keinerlei entgegengesetzte, wie immer geartete, selbst unter eidlicher Bekräftigung eingegangene Privatvereinbarung alterirt werden[87]) und die Mittel, durch welche die Erfüllung derselben gegen den sich Weigernden gesichert ist, bestehen der Natur der kirchlichen Amtsgewalt entsprechend in der Verhängung kirchlicher Censuren[88]). Nur soll zur Anwendung dieser Zwangsmittel nicht sofort und ohneweiters geschritten werden; der Richter ist ausdrücklich angewiesen, daß er vorerst die Notwendigkeit der Aussage in dem vorliegenden Falle und die auf unzulässigen Gründen beruhende Weigerung des Zeugen (als die allgemeinen rationellen Voraussetzungen des Zeugnißzwanges) prüfe[89]) und den Zeugen durch Ermahnung und überhaupt gütliche Einwirkung zur Erfüllung seiner Pflicht zu bewegen suche[90]). Erst dann, wenn Letzteres ohne Erfolg geblieben, sind sowol im Civil-, als im Strafprocesse[91]) die genannten Zwangsmittel zu gebrauchen.

Der erwähnte Zwang zur Zeugenaussage ist jedoch einerseits nicht anwendbar gegenüber denjenigen Personen, welche nach den Bestimmungen des betreffenden positiven Rechts (s. oben Nr. 1. i. f.) von Amtswegen zur Vernehmung als Zeugen gar nicht zugelassen werden dürfen, andererseits sind aus

---

[86]) „Vel jurare, se nihil compertum habere" l. 16. pr. C. cit. (4. 20.).

[87]) c. 18. 37. 45. X. de test. (2. 20.); c. 4. 11. X. h. t (2. 21.); s. oben Note 27.

[88]) „Ecclesiastica districtione compellas": c. 1. X. h. t. (2. 21.) „per censuram ecclesiasticam" c. 5. 9. 10. 11. X. h. t. Gegen Cleriker zunächst Suspension und erst bei fortgesetzter Weigerung Excommunication, selbst Deposition: c. 2. X. h. t. Daß die Weigerung als ein „eludere auctoritatem judicis" aufgefaßt wird, und der Zwang auch auf religiöse Momente sich stützt, geht aus c. 4. X. h. t. u. c. 80. C. XI. q. 3. hervor.

[89]) Daß das „si aliter veritas nequiverit elici" des c. 5. X. h. t. u. das fast stetig wiederkehrende „si testes odio vel gratia vel timore se subtrahant" den hier angeführten Sinn, nicht aber die von der älteren Doctrin (s. Durantis l. c. § 13. Nr. 1. i. f. Nr. 4. Damasus ordo jud. l. c. tit. 80. Gonzalez Tellez Comment. ad c. 11. X. h. t. (2. 21.) Nr. 7. 9.) festgehaltene Bedeutung habe, als hänge die Zwangsanwendung davon ab, daß es unmöglich sei, auf andere Weise den Beweis zu erbringen oder die Wahrheit festzustellen und daß sich des Zeugen Weigerung entweder auf odium oder auf gratia oder timor gründe, — dieß ist wol aus dem Zusammenhange der sämmtlichen Stellen dieses Titels klar. Der Bemerkung München's l. c. S. 138. 139: „Die Beurteilung, ob ein Bedürfniß obwalte, ist zwar Sache des Richters, doch könnte sich der Aufgeforderte durch die Einrede gegen dasselbe den Zwang abwehren" fehlt es an jeglichem Nachweise für eine solche Einrede.

[90]) „diligentius moneas et inducas": c. l. X. h. t. „monitione praemissa" c. 11. X. h. t. c. 7. X. de test. (2. 20.) u. dgl.

[91]) Auf Grund des „praeterquam super criminibus" in c. 10. X. h. t. schloß die Glosse und ein Teil der ältern Doctrin (s. Damasus l. c. tit. 81. Durantis l. c. § 13 Nr. 4.) im Strafverfahren überhaupt oder doch im accusatorischen Strafprocesse den Zeugnißzwang aus. Ueber die Unrichtigkeit dessen und die Bedeutung der angeführten Stelle s. Gonzalez-Tellez l. c. J. H. Böhmer J. E. P. II. 21. § 5; neuestens noch München l. c. I. S. 142 u. ff.

Rücksicht der Schonung besonderer, wichtiger Interessen Befreiungen von der allgemeinen Zeugnißpflicht statuirt, u. z. nach canonischem Rechte in folgendem Umfange: Es sind befreit die Blutsverwandten des Gegners des Beweisführers, resp. des Beschuldigten bis zum 3. Grade canon. Computation, vom 4. Grade noch die Nachkommen der Sobrinen, ferner desselben Schwieger- oder Stiefeltern, Schwieger- oder Stiefkinder, Ehegatten und Verlobte, die Parteienvertreter, resp. Vertheidiger des Beschuldigten rücksichtlich des in dieser Eigenschaft ihnen Mitgetheilten; im Civilprocesse auch die Unterhändler des Rechtsgeschäftes, aus welchem der Rechtsstreit entstand, wenn nicht beide Parteien mit ihrer Vernehmung einverstanden sind[92]). Die nach röm. Rechte auch kranken Personen, altersschwachen Leuten, Soldaten und unter Umständen den Abwesenden zugestandene Befreiung hat nach canon. Rechte nur mehr den Charakter der Befreiung von dem persönlichen Erscheinen vor Gericht, welche außer diesen auch den Bischöfen, den Armen und den Klosterfrauen zusteht; die Verpflichtung zur Aussage ist dadurch nicht berührt[93]). Anderweitige Befreiungen gibt es nach canon. Rechte nicht; denn eine analoge Ausdehnung der erwähnten z. B. auf Personen, welche, wie Aerzte, Advocaten, Seelsorger in einem besonderen Vertrauensverhältnisse zur Proceßpartei stehen und Aehnl.[94]) ist hier schon deßhalb nicht zulässig, weil das canon. Recht dadurch, daß es selbst eine eidlich übernommene Verpflichtung zur Geheimhaltung oder Verschwiegenheit für ganz wirkungslos erklärt, seine principielle Abneigung[95]) gegen derartige Entschuldigungen resp. Befreiungen sehr entschieden ausgesprochen hat.

---

[92]) l. 4. 5. 25. D. h. t. (22. 5.) in c. 3. § 4—8. 19. C. IV. q. 2 et 3; l. 10. pr. D. de grad. et affin. (38. 10.) nov. 90. c. 8. Rücksichtlich der Ehegatten und Verlobten ist es zwar nicht direct ausgesprochen, aber nach der durch das canon. Recht bestimmten Natur dieser Verhältnisse und nach c. 3. § 7. C. IV. q. cit. ganz unzweifelhaft. Vgl. Durantis l. c. Nr. 1. Bayer l. c. S. 794. Renaud l. c. S. 312. Zachariae l. c. II. § 98. Note 19. 30. Der Bemerkung Wetzell's l. c. § 28. Note 50, daß die in nov. 90. c. 8. für die Vermittler ausdrücklich anerkannte Beschränkung „sich aus der Natur der Sache auch für die übrigen Fälle rechtfertige und daß nicht minder anzunehmen sein möchte, daß die Excusation hinwegfallen müsse, wenn der Zeuge in einem ebenso nahen oder näheren Verwandtschaftsverhältniß zum Probanten wie zum Probaten steht", kann ich nicht beistimmen. Ueber die durch die ältere Doctrin aufgestellte Ausname von diesen Befreiungen im Falle „si veritas aliter haberi nequit" s. Endemann Beweisl. § 48.

[93]) l. 8. 19. D. h. t. (22. 5.) in c. 3. § 10—13. C. IV. q. 2. et 3; nov. 123. c. 7. c. 8. X. de test. (2. 20.); c. 2. § 1. de jud. in VI^to. (2. 1.).

[94]) Ueber die auf die römischrechtlichen Bestimmungen gestützten Ausdehnungen s. Bayer l. c. Renaud l. c. Rücksichtlich des canon. Rechts s. München l. c. S. 140 u. ff., welcher unter Berufung auf Laymann und Pirhing sogar den vertrauten Freund gegenüber seinem Freunde von der Zeugenpflicht befreit sein läßt!

[95]) S. auch Zachariae l. c. II. S. 193. Note 29. u. S. 195.

3. Capitel.

Das Gutachten Sachverständiger.*)

Handelt es sich im Processe um die Erhärtung solcher Thatsachen oder Umstände, zu deren Wahrnehmung oder Feststellung besondere Fähigkeiten, wissenschaftliche oder technische Kenntnisse oder überhaupt besondere Sachkunde erforderlich sind, so kann die Ueberzeugung des Richters von dem Bestande derselben nur bewirkt (also nach dem im I. Teile S. 19, 103 u. 105 Gesagten Beweis nur erbracht) werden durch Mitteilung solcher Personen, welche diese Fähigkeiten und Kenntnisse besitzen und welche eben mit Rücksicht darauf Sachverständige oder Kunstverständige (artis periti) genannt werden. Daß so geartete Umstände sowol im Civil-, als im Strafprocesse die Stellung relevanter, des Beweises bedürftiger Facta einnehmen können, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung und ebenso ist von selbst klar, daß der Umstand, daß das zu beweisende Factum eine solche Qualification hat, an den allgemeinen Begriffen und Grundsätzen des Beweises überhaupt Nichts ändern kann. Deßhalb scheint es mir nun aber auch keinen Augenblick zweifelhaft, daß die Aussage, resp. das Gutachten des Sachverständigen über ein derartiges Factum ebenso gut den Charakter eines Beweismittels im eigentlichen strengen Sinne an sich trägt, wie die Aussage des Zeugen über ein einfaches, gewönliches Factum; denn, wenn fremde Mitteilung überhaupt einen Beweisgrund involvirt und eben deßhalb ein Beweismittel bildet[1]), so behält sie diese Qualität doch gewiß auch dann, wenn das Factum, über das sie ergeht, eigens geartet ist. Die besondere Art des zu constatirenden Factums bedingt zwar eine besondere Art, resp. besondere Erfordernisse der Mitteilung, sie bestimmt aber nicht ihren processualischen Charakter oder ihre Stellung im Beweise. Ja noch mehr: Man kann das Gutachten Sachverständiger nicht bloß als ein wahres Beweismittel schlechthin, sondern als Beweismittel in ganz eminentem Sinne insoferne bezeichnen, als die Ueberzeugung des Richters von dem dem Gutachten unterstellten Umstande auf einem andern Wege gar nicht vermittelt werden kann; einen andern Beweisgrund dafür gibt es gar nicht; für ein derartiges Factum ist das Gutachten Sachverständiger nicht ein, sondern das Beweismittel. An diesem Charakter wird auch durch die Erwägung der Art und Weise, wie der Sachverständige thätig ist, Nichts geändert. Allerdings hat derselbe nicht bloß einfach

*) S. die Literaturangaben bei Osterloh l. c. II. § 279. Note 1, dazu: Langenbeck l. c. S. 548 u. ff.; Endemann Beweislehre § 60 u. ff. u. Civilproceß. § 191; Wetzell l. c. § 44. S. 473 u. ff.; Renaud l. c. § 113 u. 149; Pratobevera Materialien Bd. 8. S. 209 u. ff.; Haimerl Magazin Bd. 10. S. 231 u. ff.; Mittermaier Beweislehre im Strafproc. § 26 u. ff. u. deutsch. Strafverf. I. § 92. 93. II. § 160; Zachariae l. c. II. § 102 u. § 144; Planck l. c. § 87 u. § 131.

[1]) S I. Teil S. 103 u ff.

wahrnehmen und mitteilen, wie der Zeuge deshalb ist es eben ein selbstständiges, vom Zeugen verschiedenes Beweismittel, sondern er hat zu urteilen, bei der Wahrnehmung und bei der Beurteilung der Gründe der Wissenschaft einer Kunst, seiner Uebung oder Erfahrung gemäß Schlußfolgerungen zu machen und daraus seine schließliche Aussage, sein Gutachten zu formiren; allein eine solche Thätigkeit charakterisirt als „einen Teil des Richteramtes", ein solches Gutachten als „einen Teil des richterlichen Ausspruches" hinstellen[2], das ginge doch nur an, wenn wirklich im ganzen Processe Niemand eine Ueberlegung anzustellen, eine Reflexion zu machen oder überhaupt zu denken hätte, als der Richter. Es ist schon eben hervorgehoben worden, daß auch der gemeinliche Zeuge ohne geistige Reflexion zu einer beweiskräftigen Aussage nicht gelangen kann und daß Parteien und Vertreter im Processe gar Viel zu erwägen und zu bedenken haben, liegt auf der Hand. Dagegen darf allerdings nicht übersehen werden, daß sich das Bedürfniß der Heranziehung von Sachverständigen im Processe überhaupt nicht bloß zum Zwecke einer den Parteien obliegenden Beweisführung, sondern auch zum Behufe einer dem Richter kraft seiner amtlichen Stellung obliegenden Constatirung oder Beurteilung[3] ergeben kann und daß daher, wenn von der Verwendung von Sachverständigen im Processe überhaupt die Rede ist, auch diese letztere Art der Verwendung hervorgehoben werden muß. In dieser letzteren Richtung ist der processualische Charakter des Sachverständigen, seine Stellung zu Richter und Parteien freilich ein anderer, als im ersteren Falle. Da wirkt er allerdings mit zur Ausübung des Richteramtes, dient mit seinem Gutachten der nemlichen öffentlichen Autorität, als deren Organ auch der Richter fungirt und da läßt sich seine Stellung im Processe durch die Bezeichnung „Gehilfe des Richters" nicht unpassend charakterisiren[4]. Allein von dieser Stellung und Verwendung Sachverständiger ist eben hier, in der Lehre vom Beweise, nicht die Rede.

---

[2]) Gönner l. c. II. S. 430. 431. Aehnlich neuestens wieder Hensler im civil. Arch. Bd. 62. S. 215 u. ff. 262 u. ff.

[3]) Fälle des Bedürfnisses solcher Zuziehung s. bei Mittermaier im Archiv für civil. Praxis Bd 2. S. 123 u. ff. u. Langenbeck l. c. S. 607. u. ff. Daß die bei den geistlichen Gerichten sehr häufige (s. Beilagen Nr. 127—132 u. a.) Einholung von Rechtsgutachten durch den Richter gleichfalls hieher zu beziehen ist, kann nicht zweifelhaft sein. Vgl. Durantis l. c. lib. II. part. II. de requisitione consilii (s. auch unten Note 9.); Wetzell l. c. S. 480. 481.

[4]) Sehr treffend hat diese Unterscheidung schon angedeutet Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. 1. S. 41. Note *) und näher ausgeführt Mittermaier ebendaselbst Bd. 2. S. 121 u. ff. u. darnach Walther ebenda Bd. 26. S. 111. u. ff. Vgl. dazu Planck l. c. § 131: „Sachverständige werden auch im Hauptverfahren bald zur Mitteilung von Wahrnehmungen, zu denen sie ihre Sachkenntniß befähigt, bald zur Abgabe von Gutachten aufgefordert. In beiden Fällen sind sie ihrer rechtlichen Bedeutung nach nichts weiter, als ein Mittel, um die Ueberzeugung der Geschwornen über einen Thatumstand hervorzurufen, also ein Beweismittel, dessen Wert der verständigen Erwägung der Geschwornen anheimfällt"; ferner Globig l. c. II. S. 203 u. ff. Martin l. c. § 134 u. § 218. Note, dazu Gensler Comment. zu § 218 (resp. 207). A. u. B. Hefftter l. c. § 246. d.

Das Gutachten Sachverständiger ist aber auch, soweit es eben nicht die zuletzt erwähnte Bedeutung hat, ein vollkommen selbstständiges, eigenthümliches, d. h. vom Beweise durch den Augenschein ebensowol, als vom Beweise durch Zeugen unterschiedenes Beweismittel. Zwar kann es, wenn zur Abgabe des Gutachtens, zur Gewinnung der für dasselbe erforderlichen Grundlagen die Besichtigung eines Gegenstandes oder sonst eine von den Sachverständigen erst zu machende Wahrnehmung notwendig ist, vom legislativen Standpunkte aus als besonders vorsichtig oder zweckmäßig erscheinen, daß diese Besichtigung oder Wahrnehmung überhaupt in den Formen des gerichtlichen Augenscheins, im Beisein des Richters und unter dessen Leitung vorgenommen werde[5]) allein einerseits ist eine von den Sachverständigen vorerst zu machende Wahrnehmung zum Gutachten derselben durchaus nicht immer notwendig und andererseits ist selbst im Falle dieser Notwendigkeit die zur Ueberzeugungs- resp. Beweiskraft des Gutachtens seiner Natur nach erforderliche Art der Wahrnehmung wol durch die Regeln der betreffenden Kunst oder Wissenschaft bestimmt, aber mit dem überdieß durchaus nicht immer zulässigen Beisein des Richters, dem eben diese Regeln als solchen gar nicht bekannt sein können, und mit den sonstigen Formen des Augenscheins steht dieselbe so wenig im Zusammenhange, daß eine Verknüpfung des Sachverständigenbeweises mit dem gerichtlichen Augenscheine sich nicht einmal als natürlich oder sachgemäß, noch weniger als notwendig oder im Wesen dieses Beweismittels gelegen darstellt[6]). Im Verhältnisse zum Zeugenbeweise aber ist die Selbstständigkeit des Sachverständigenbeweises gewahrt durch die innere Verschiedenheit der Thätigkeit des Sachverständigen von der des Zeugen bei der Beweisführung und durch die verschiedene

---

Linde l. c. § 295; Osterloh l. c. § 279. Note 4; Schneider l. c. § 176 u. ff.; Endemann Beweisl. § 62; Langenbeck l. c. S. 548, 556 u. ff. Renaud l. c. § 113. Mittermaier Beweisl. S. 184 u. ff.; Zachariae l. c II. § 144. I. Ullmann Oesterr. Strafproceßrecht. (Innsbruck 1874—1876.). 3. Abtlg. S. 388. Note 4. Dagegen auf das Entschiedenste Gönner l. c. II. S. 427 u. ff.; auch Reinhardt l. c. I. § 150 u. 183. Bayer l. c. S. 822 u. ff. und neuestens bes. Wetzell l. c. § 44. Ueber die Unterscheidungen zwischen wahrnehmenden (oder darstellenden) und urteilenden Sachverständigen s. bes. Bayer l. c. S. 822 u. ff. u. Wetzell l. c. Note 13, zwischen sog. sachverständigen Zeugen und Sachverständigen im engern Sinne, resp. sachverständigen Gehilfen des Richters s. Wetzell l. c. S. 180 u. 474 u. Renaud l. c.

[5]) Im österr. Civilproc. ist die Gewinnung des Gutachtens Sachverständiger mittels gerichtlichen Augenscheins gesetzlich verlangt: § 189, 196 a. G. O. § 268 wg. G. O. und die Frage, ob es eine Beweisführung durch Sach- oder Kunstverständige ohne gerichtlichen Augenschein geben könne, controvers: S. Pratobevera l. c. S. 218. 219; Haimerl l. c. S. 234 u. ff. Vgl. auch oben 1. Cap. Note 6.

[6]) S. darüber insbes. Mittermaier Beweisl. § 26. Zachariae l. c. § 144. I. Auch Grolmann l. c. § 84: „Da, wo nur das Kennerauge Alles, was von den sichtbaren Merkmalen eines Gegenstandes erkannt werden soll, zu erkennen vermag, ist nicht ein richterlicher Augenschein, sondern ein Hören der Kunstverständigen über ihre Wahrnehmungen an dem Gegenstande das Erforderliche und Eintretende."

Natur der von Beiden gelieferten Aussagen. Das, was der Zeuge allein zu thun hat (getreue Mitteilung des Wahrgenommenen), kann zwar auch dem Sachverständigen obliegen, aber er reicht damit in keinem Falle aus, in keinem Falle liegt darin das Wesentliche oder auch nur das Wichtigste seiner Thätigkeit. Dieses besteht vielmehr beim Sachverständigen unter allen Umständen in der durch seine Sachkenntnisse und Erfahrung, durch die ihm bekannten Grundsätze der Wissenschaft oder Kunst geleiteten Verstandesoperation, seine Mitteilung ist nicht eine einfache Aussage über Wahrgenommenes, sondern immer das Resultat einer mehr oder weniger langwierigen und complicirten Untersuchung, sie wird sachgemäß auch durch den selbstständigen Ausdruck: Gutachten bezeichnet und so wenig die so beschaffene Mitteilung (das Gutachten) selbst der Zeugenaussage subordinirt werden kann, ebenso wenig kann das in derselben hervortretende Beweismittel als eine bloße Unterart des Zeugenbeweises betrachtet und behandelt werden[7]).

Soviel ist aber allerdings richtig, daß der Sachverständigenbeweis mit dem Zeugenbeweise nicht bloß eine äußerliche, formale Aehnlichkeit hat, sondern daß diese beiden Beweisarten auch in naher innerer Verwandtschaft zu einander stehen, weil die in denselben liegenden Beweisgründe von der nemlichen Categorie sind. Bei beiden ist es fremde Wahrnehmung und Erkenntniß, die Erfahrung und Mitteilung dritter, am Processe nicht beteiligter Personen, welche für den Richter überzeugend wirken soll und insoferne ist eine wesentliche Analogie zwischen den beiden Beweisarten gewiß nicht zu verkennen. Ja gerade im canonischen Rechte ist die Scheidung der Sachverständigen von den Zeugen noch keineswegs vollzogen; dieß ist erst das Resultat der späteren Doctrin, welcher die Gesetzgebung dann folgte[8]). Wo immer im canon. Rechte Sachverständige erwähnt werden, da sind sie ganz als eigentliche Zeugen gefaßt, ihre Aussage wird geradezu „testimonium“ genannt und die zur Bezeichnung ihrer Eigenschaften gebrauchten

---

[7]) „Der Hauptteil der Aussage des Sachverständigen ist aber ... das Urteil, welches er über die Beschaffenheit der Thatsache und ihren Zusammenhang fällt und in dieser Beziehung kann man nie von dem Sachverständigen als einem Zeugen sprechen, auch wird Nichts gewonnen wenn man den Ausdruck: rationeller Zeuge oder gelehrter Zeuge anwenden will.“ Mittermaier Beweisl. S. 184. Dieß gilt auch von denjenigen Sachverständigen, welche Wetzell l. c. „sachverständige Zeugen“ nennt und als eigentliche Zeugen behandelt, sowie von den Fällen, in welchen Puchta in der Ztschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 8. S. 58. 60 die Sachverständigen als „bloße“ oder eigentliche Zeugen ansieht. Vgl. Österlch l. c. Note 5. 6. Haimerl l. c. S. 257. Walther l. c. S. 255 u. ff. Zachariae l. c. II. § 144. I. Langenbeck l. c. S. 556 u. ff.

[8]) S. Durantis l. c. lib. I. part. I. de teste § 7. Nr. 27. 28. Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1175 in Verbindung mit concl. 1039. 1131 u. Vol. I. concl. 430; Vol. II. concl. 654 u. a. Vacianus tractatus de probat. (Venet. 1594). lib. I. cap. 47. Heffter l. c. § 245. 246; Endemann Beweislehre § 61. u. Civilproc. § 191. Planck: Die Lehre vom Beweisurteil (Göttingen 1848). S. 174. 202. Note 2. Auch im englischen Processe sind die Sachverständigen „reine Zeugen“: Best l. c. § 333—337.

Ausdrücke sind natürlich mit Hinzufügung der notwendigen Sachkenntniß die nemlichen, wie die dießfalls bei den Zeugen angewendeten. „Quod... testimonio septem mulierum probavit, quae per aspectum corporis eam esse virginem asseverant" sagt c. 4. X. de probat. (2. 19.) und „quae (matronae expertae) perhibuerunt testimonium, ipsam adhuc virginem permanere", heißt es in c. 7. X. de frig. et malef. (4. 15); von „matronas honestas, providas et prudentes", „matronis bonae opinionis, fide dignis ac expertis in opere nuptiali" ist in c. 14. X. de prob. (2. 19.), c. 6 u. 7. X. de frig. et malef. (4. 15.) die Rede. Der Umstand, daß in c. 14. X. cit. (2. 19.) u. c. 6. X. cit. (4. 15.) die sachverständigen matronae von Amtswegen vom Richter herangezogen werden „ad inquirendum" oder „ut... inspicerent et perquirerent diligenter" etc., kann die Ansicht, als ob schon das canon. Recht „die Zuziehung von Sachverständigen als richterlichen Gehilfen[9]) erwähne", keineswegs begründen; denn es ist wol zu beachten, daß es sich in diesen beiden Stellen um die Frage nach der Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Ehe handelt, bei welcher für das Verfahren (in spirituellen Angelegenheiten) das Untersuchungsprincip gilt[10]) und daß sich somit da der Richter nicht bloß um Sachverständige, sondern auch um Zeugen sowie um sonstige Beweismittel und Erhebungen ex officio umzusehen hat.

---

[9]) Wie sie von Wetzell l. c. § 44. Note 16. u. von Renaud l. c. § 149. Note 16 ausgesprochen wird. Rücksichtlich des von diesen gleichfalls dafür herangezogenen römisch. Rechts s. Zimmern röm. Civilproc. § 133 i. f. u. Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II. § 108. S. 601: „wurde er (der Feldmesser) nur als Kunstverständiger von den Partrien oder vom Richter zugezogen, so gab er wie ein Zeuge im Gericht sein Urteil ab. Ueber die Entwicklung der Auffassung der Sachverständigen als richterlicher Gehilfen in der älteren Doctrin vgl. Mascardus l. c., welcher bemerkt: Vol. I. concl. 480 Nr. 4 ....„quia illi, qui de peritia artis examinantur, proprie testes non dicuntur secundum Bart..., et latius hoc dictum prosequitur Deci..." etc. Obgleich er nun eod. Nr. 7 mit Berufung auf Baldus sagt: ...„quia in his, in quibus vera notitia haberi potest; tales periti intolliguntur ut testes, ideo de veritate jurant", so erklärt er doch wieder in Vol. II. concl. 654 Nr. 7: ... „intellige, ut tales periti non solum debeant esse periti, sed etiam probi et inculpatae vitae et omni exceptione majores; nam licet hujusmodi aestimatores non dicantur testes, nec ferre testimonium, sed potius habeant vim judicis, quam testimonii, ut inquit Franc. Curt. etc., nihilominus exceptio, quae potest repellere testem, potest etiam repellere hujusmodi aestimatores" u. Vol. III. concl. 1175. Nr. 21: ... „Ex qua quidem declaratione clare colligitur, hujusmodi peritos non esse proprie testes, sed potius dici judices, authore Bartol... quem sequitur Dec,..., ubi plura circa hoc adducit et ob id ibidem determinat, quod dispositio loquens de testibus non procederet in istis, qui de sua peritia deponerent." Dazu die 12 differentiae, welche Pacianus l. c. Nr. 15—95 zwischen einem gewönlichen testis und dem „peritus in arte" ausführt. Da wird auch schon in Nr. 50 dem Falle der Heranziehung des peritus „ab una parte in forma testium" der Fall entgegengestellt: „quando (peritus in arte) assumitur tanquam instructor vel declarator a judice vel a partibus."

[10]) S. I. Teil S. 7 u. ff. u. Büchel l. c. S. 14.

Der in dem Gutachten Sachverständiger liegende Beweisgrund ist, wie schon erwähnt, im Wesentlichen der gleiche, wie der oben rücksichtlich der Zeugenaussage erörterte, nur kommt hier noch hinzu, daß es einen anderen Weg der Ueberzeugung von einem dem Gutachten unterliegenden Umstande, als eben diesen, nicht gibt; hier sind wir nicht bloß, wie bei der Zeugenaussage, auf Grund allgemeiner fester Erfahrung geneigt, fremder Mitteilung Glauben zu schenken, sondern hier sind wir geradezu darauf angewiesen und dieß kommt immerhin der Festigkeit dieses Beweisgrundes einigermaßen zugute[11]). Daher sind auch die dadurch bestimmten Erfordernisse der Beweiskraft des Gutachtens im Wesentlichen die gleichen, wie für die Zeugenaussage und beziehen sich

1.) auf die Person des Sachverständigen. In dieser Richtung müssen zunächst

a) alle die Gründe, welche nach dem oben Gesagten die Beweiskraft der Zeugenaussage ganz ausschließen oder nur herabdrücken, für die Beweiskraft des Gutachtens zum Mindesten die gleiche Wirkung haben. Denn, daß diejenigen Erfordernisse, welche, sei es nach der Natur der Sache oder kraft positiver Gesetze zur überzeugenden Wirkung einer einfachen gewönlichen Mitteilung dritter, am Processe nicht beteiligter Personen verlangt sind, hiernach auch für die Beweiskraft einer von besonderer Befähigung, Erfahrung und Sachkenntniß abhängigen Mitteilung solcher Personen notwendig erscheinen, ist schon an sich klar[12]) und ergibt sich für das canonische Recht insbesondere noch aus den auch eine Mitteilung der letzteren Art direct als „testimonium" bezeichnenden positiven Bestimmungen. Ja, wenn auch nicht das canonische Recht, so ist doch die Doctrin dießfalls noch weiter gegangen und hat denjenigen Gründen, welche die Beweiskraft der Zeugenaussage nicht ganz ausschließen, sondern nur in einem der Bestimmung des richterlichen Ermessens überlassenen Maße herabdrücken (den bloßen Verdachtsgründen), bei dem Gutachten Sachverständiger die Wirkung gänzlicher Ausschließung seiner Beweiskraft eingeräumt, u. z. hat sie dieß teils als eine Consequenz der Auffassung der Sachverständigen als richterlicher Gehilfen hingestellt, teils damit begründet, daß die Gefahr, welche bei gänzlicher Ausschließung eines bloß verdächtigen Zeugen vorliege, indem nemlich dadurch der Partei dieser Zeuge und damit vielleicht das einzige, wenngleich unzureichende Beweismittel entgehen würde, bei dem auf eine bestimmte Individualität nicht angewiesenen Sachverständigenbeweise nicht vorhanden sei und somit diese die überzeugende Kraft dieses Beweismittels fördernde strengere Behandlung hier ganz wol zuläßig sei[13]). Neuere Gesetzgebungen haben dieß auch angenommen und

---

[11]) Vgl. darüber auch Mittermaier Beweisl. S. 186 u. ff.

[12]) Ganz richtig bezüglich der „honestus peritorum" schon Pacianus l. c. Nr. 156. gegen Decius, der entgegengesetzter Ansicht war.

[13]) Teilweise mit ausdrücklicher Beschränkung auf die Fälle, in denen die erwähnte Gefahr wirklich nicht vorliegt. S. Grolmann l. c. § 84 i. f. Reinhardt l. c. § 185. 186. f., Gönner l. c. II. S. 441. 442. Osterloh l. c. II. § 279. Note 9; Bayer

durchgeführt[14]). Allein da nach dem bereits Erörterten für die Beurteilung des Beweismittels der Sachverständigen die ganze sog. Richtergehilfentheorie nicht berechtigt ist, so kann auch eine einzelne Consequenz derselben hiefür nicht geltendgemacht werden und in der anderen Begründung spricht sich nur ein Utilitäts- oder Opportunitätsstandpunkt aus, welcher sich wol de lege ferenda schon deßhalb, weil er wirklich zur Kräftigung dieses Beweismittels dient und insbesondere dann empfiehlt, wenn die Sachverständigen überhaupt als Richtergehilfen gefaßt werden[15]), aber aus der inneren Natur dieses Beweismittels sich nicht entnehmen läßt[16]) und in den durchwegs auf die Analogie mit dem Zeugenbeweise hindrängenden Bestimmungen des canonischen Rechts insbesondere keinen Anhaltspunkt findet. Das charakteristische, dieser Beweisesart eigentümliche Erforderniß der Beweiskraft rücksichtlich der Person liegt sodann

b.) darin, daß hier die gewönliche für den Zeugen erforderliche physische und intellectuelle Befähigung (s. oben 2. Cap. 1. a u. b.) nicht genügt, sondern jene besondere Befähigung, Erfahrung und Sachkenntniß der Person des Sachverständigen eigen sein muß, welche eben der Gegenstand und die Natur des Gutachtens verlangt. Gesetzliche Bestimmungen darüber, bei welchen Personen dieses Erforderniß vorhanden ist, welchen es hingegen mangelt, gibt das canon. Recht nicht, es verlangt nur im Allgemeinen personae „expertae" in dem fraglichen „opus" (c. 7. X. de frig. 4. 15.) und es bleibt daher auch diese Frage selbst wieder sowol im Civil-, als im Strafprocesse der richterlichen Prüfung überlassen, nur mit dem Unterschiede, daß dort, wo das Verhandlungsprincip vorherrscht, das Materiale für diese Prüfung von den Parteien zu liefern ist, dort aber, wo das Untersuchungsprincip gilt, der Richter sich dasselbe ohne Rück-

---

l. c. S. 823; Endemann Beweisl. § 68. u. Civilproc. § 191. III. B. 2; Wetzell l. c. S. 476.

[14]) So z. B. die österreich.: § 191. a. G. O. § 163 vg. G. O. S. darüber Bratobevera l. c. S. 230 u. ff.; Haimerl l. c. S. 240. 241. Ueber andere Gesetzgebungen vgl. Renaud l. c. § 149. Note 26.

[15]) Deßhalb ist dieß auch in den neuesten Civilproceßgesetzgebungen vorwaltend, so im österreich. Entwurf einer neuen Civilproceßordnung § 395 u. Motive dazu S. 136. in der C. P. O. f. d. deutsche Reich § 371, dazu Puchelt Commentar (Leipzig. 1878) II. § 367. S. 199. 200 und in der bairischen Civilproceßordnung art. 435, dazu Barth Commentar (Nördlingen. 1870) II. § 262.

[16]) Vgl. Schneider l. c. § 177. 179. 180; Heffter l. c. § 246. c; Mittermaier im civil. Archiv Bd. 2. S. 131 u. ff. und Beweisl. S. 216; Zachariae l. c. II. § 144. I. i. f.; Planck l. c. § 131; bes. Langenbeck l. c. S. 568 u. ff. Haimerl l. c. S. 241 gibt auch einen inneren Grund für die strengere Behandlung an: „Andererseits ist bei dem Beweise durch Sachverständige die Gefahr, die in der unlauteren Willensrichtung liegen kann, wirklich größer, weil der Richter die Richtigkeit des auf den besonderen Kenntnissen beruhenden Gutachtens nicht in dem Maße beurteilen kann, wie die Wahrscheinlichkeit der Zeugenaussagen nach den obwaltenden Verhältnissen und Umständen, endlich weil eine Combination bei diesem Beweismittel mit anderen nicht zulässig ist"; doch das Vorhandensein einer solchen größeren Gefahr scheint mir so ausgemacht nicht.

ſicht auf das Parteivorbringen von Amtswegen zu verſchaffen hat. Wo und inſoweit Einrichtungen beſtehen, vermöge welcher gewiſſen Perſonen durch öffentliche Autorität im Wege amtlicher Beſtallung oder öffentlichen Zeugniſſes u. dgl. eine beſtimmte beſondere Befähigung und Sachkenntniß ausdrücklich zuerkannt wird oder vermöge welcher ſogar gewiſſe Perſonen gerade insbeſondere zur Abgabe von Gutachten in einer beſtimmten Richtung bei dem Gerichte beſtellt ſind, da müſſen dieſe allerdings als ſolche Perſonen bezeichnet werden, deren Sachkenntniß auch im Proceſſe weder einer Anfechtung durch die Parteien, noch einer Prüfung durch den Richter unterliegt. Denn da hat ja die nemliche öffentliche Autorität, als deren Organ auch der Richter fungirt, ſelbſt dieſe Frage auf Grund eines beſonderen ſo verläßlichen und ausführlichen Ueberzeugungsmodus, wie er im concreten Proceßfalle weder dem Richter, noch den Parteien möglich wäre, entſchieden und es kann daher nicht dieſe, ſondern nur etwa noch die Frage Gegenſtand von Parteiverhandlungen und der richterlichen Beurteilung ſein, ob die hiernach amtlich beglaubigte oder zuerkannte Fachkunde der betreffenden Perſon ſich mit der im concreten Falle erforderlichen in jeder Richtung vollkommen decke. Soweit ſolche Perſonen nicht vorhanden ſind, können nur die bisherigen wiſſenſchaftlichen, künſtleriſchen oder techniſchen Leiſtungen der bezüglichen Perſon, der beſondere Beruf oder Stand derſelben, das Gewerbe, das ſie betreibt u. dgl. die Anhaltspunkte für die erwähnte dem Richter obliegende Beurteilung dieſes Punktes bilden.

Bezüglich der Zulaſſung eines hiernach gänzlich unfähigen oder nur verdächtigen Sachverſtändigen gelten unter Berückſichtigung der hier ad b.) erörterten beſonderen Qualification die nemlichen Grundſätze, welche oben in Betreff der Zeugen ausgeführt wurden[17]).

2.) Die Erforderniſſe, welche die Form des Gutachtens betreffen, ſtehen mit dem Beweisverfahren (II. Abſchn.) in untrennbarem Zuſammenhange und können hier nur durch die Bemerkung vorläufig angedeutet werden, daß das Gutachten in der durch das Verfahren beſtimmten geſetzmäßigen Form abgegeben werden muß. Die auch vom römiſchen Rechte[18]) betonte Notwendigkeit der Beeidigung des Sachverſtändigen vor der Abgabe des Gutachtens, natürlich mit einer der charakteriſtiſchen Thätigkeit des Sachverſtändigen entſprechenden Eidesformel ergibt ſich für das canoniſche Recht ſchon aus der Behandlung des

---

[17]) Vgl. jedoch Langenbeck l. c. S. 575, der zwar auch die gleichen Gründe, wie bei den Zeugen hier gelten läßt, aber eben mit Berufung darauf erklärt: „So oft nun ein ſolcher Umſtand vorliegt, der gegen den vorgeſchlagenen Sachverſtändigen, ſei es aus Gründen ſeiner Perſönlichkeit oder Fachkenntniß und Erfahrung den unzweifelhaften Beweis gänzlicher Unfähigkeit . . . liefert, ... muß hier aus gleichen Gründen, wie beim Zeugenbeweiſe eine Verwerfung ex officio ausgeſprochen werden."

[18]) l. 20. C. de fide instrum. (4. 21.); l. 6. § 1. C. de secund. nupt. (5. 9.); nov. 7. c. 5. § 2.

Gutachtens als testimonium[19]). Seitdem gewisse Personen unter öffentlicher Autorität als Sachverständige für bestimmte Richtungen eigens bestellt und dieselben eben bei dieser amtlichen Bestellung für diese ihre Thätigkeit im Allgemeinen beeidigt werden, wird anstatt der besonderen Beeidigung in jedem einzelnen Falle ihrer Verwendung bloß die Verweisung derselben auf jenen schon bei der Bestellung abgelegten Eid gefordert und dieß ist eine der Würdigung des Eides ebenso sehr entsprechende, als für die Beweiskraft des Gutachtens in dieser Beziehung sowol im Civil-, als im Strafprocesse an sich ausreichende Einrichtung[20]).

3.) Bezüglich des Inhaltes des Gutachtens ist zur Beweiskraft desselben eine bestimmte und deutliche, nicht sich selbst widersprechende Erklärung nicht minder, als für die Zeugenaussage erforderlich, da im entgegengesetzten Falle Ueberzeugungsgründe in der Erklärung doch gewiß nicht gefunden werden könnten. Daß das Gutachten auch nicht etwas an sich und offenbar Absurdes enthalten darf, ist für die überzeugende Wirkung desselben gleichfalls unerläßlich. Bei dem besonderen Charakter der im Gutachten liegenden Mitteilung ergibt sich aber auch insbesondere die Frage, ob dasselbe, um Beweiskraft zu haben, begründet sein müsse? Das Gutachten ist, wie oben betont wurde, eine durch Anwendung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen zu Stande kommende Geistes- oder Verstandesoperation und muß sich daher in seinem Inhalte doch wol auch als solche darstellen, um auf Jemanden überzeugend wirken zu können. Diese Darstellung kann aber nicht anders, als durch Angabe des Weges, auf welchem der Sachverständige zu der von ihm abgegebenen Erklärung gekommen ist, das ist eben durch Anführung der Gründe, auf welchen der schließlich erfolgte Ausspruch beruht, gegeben werden. Ein apodictisch, ohne alle Motive hingestellter Ausspruch eines, wenngleich noch so berühmten Fachmannes über eine Frage seines Faches wird und soll doch jedesfalls auch auf die Ueberzeugung des Denkenden den Einfluß nicht üben, wie ein mit sorgfältiger Begründung gegebener Ausspruch selbst eines minder bedeutenden Fachmannes. In der vom Sachverständigen gegebenen Begründung seines Gutachtens liegt auch die einzige über die Persönlichkeit desselben hinausgehende Garantie dafür, daß das Gutachten nicht Ausfluß bloßer Willkür, sondern seiner Natur gemäß Resultat ernster und

---

[19]) Vgl. Gonzalez Tellez ad c. 18. X. de homic. (5. 12.) Note j und die Formeln bei Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1039. Nr. 38; Vol. II. concl. 616. Nr. 4 u. ff.; Vol. III. concl. 1175 Nr. 48 u. ff.; concl. 1215 Nr. 6 u. ff. sowie bei Pacianus l. c. Nr. 32. Die da behandelte Frage, ob die Sachverständigen de veritate oder nur de credulitate zu schwören haben, ist wol schon durch den da angegebenen Inhalt ihres Eides: „se legaliter et bona fide aestimaturos" und „se legaliter et bona fide deposituros super re, super qua deponunt" abgeschnitten.

[20]) S. Durantis l. c. lib. II. part. II. de requisitione consilii Nr. 8; Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1039 Nr. 36; Pacianus l. c. Nr. 24. Walther l. c. S. 265 u. ff.

sorgfältiger Beobachtung und Erwägung sei. Deßhalb scheint es mir auch ganz unzweifelhaft, daß die Begründung des Gutachtens als ein wesentliches Erforderniß seiner Beweiskraft zu bezeichnen ist[21]). Eine andere Frage dagegen ist es, ob die angeführten Gründe stichhaltig sind und ob insbesondere der Richter in eine Beurteilung darüber einzugehen habe, doch diese Frage bildet einen Teil der Würdigung des Resultates der Beweisführung und kann daher hier erst im dritten Abschnitte zur Sprache kommen.

Nur die Frage bedarf hier noch der Erörterung, ob auch zur Abgabe des Sachverständigengutachtens die nemliche allgemeine Verpflichtung bestehe, wie zur Zeugenaussage? Die allgemeine Zeugnißpflicht beruht, wie oben ausgeführt wurde, auf der Unentbehrlichkeit des Zeugnisses für die Rechtspflege in Civil- und Strafsachen; wenn es sich nun im Processe um die Constatirung solcher Thatsachen oder Umstände handelt, für welche eben ihrer Natur nach das Gutachten Sachverständiger notwendig ist, so ist dasselbe für die Rechtspflege, u. z. sowol in Civil-, als in Strafsachen offenbar nicht minder unentbehrlich. Doch besteht freilich zwischen dem Zeugen- und dem Sachverständigenbeweise der Unterschied, daß es dort immer auf die Aussage einer individuell bestimmten Person ankommt, wärend es sich hier, in der Regel wenigstens, nur um das Gutachten eines Sachverständigen überhaupt, nicht eines individuell bestimmten Sachkundigen handelt, und daraus würde sich nach strenger Consequenz, auch wenn man die Analogie mit dem Zeugenbeweise, wie gewiß nach canonischem Rechte, als hiefür maßgebend erkennen muß, ergeben, daß eine Verpflichtung zur Function als Sachverständiger und Abgabe des Gutachtens nicht allgemein, sondern nur dann begründet sei, wenn es nach Lage der Sache gerade auf das Gutachten eines individuell bestimmten Sachverständigen ankommt[22]). Dieß ist der Fall, wenn der Sachverständige im Processe bloß über frühere, doch unter Anwendung seiner besonderen Kenntnisse und Geschicklichkeit gemachte Wahrnehmungen auszusagen hat[23]) und wenn es sich um so singuläre oder seltene Fachkenntnisse und Erfahrung handelt, daß sie eben nur bei einem einzigen Individuum zu finden wären. Dazu kommt dann noch der Fall, wenn bestimmte Personen als Sachverständige zur Abgabe von Gutachten in gewisser Richtung öffentlich bestellt sind, da ergibt sich die Verpflichtung zum Gutachten aus ihrer besonderen amtlichen Bestellung. Die erwähnte Verpflichtung läge also hiernach nur in den angeführten besonderen Fällen vor. Allein, wenn man die practischen Folgen dessen ins Auge faßt, so gestaltet sich die Sache doch auch dort, wo es sich nicht

---

[21]) Vgl. dießfalls Pacianus l. c. Nr. 64 u. ff.; Walther l. c. S. 278; Bratobevera l. c. S. 227—229; Haimerl l. c. S. 242; Osterloh l. c. § 279. Note 12. Renaud l. c. § 149. Note 44. 45; Langenbeck l. c. S. 597 Note b; Mittermaier Beweislehre S. 187; Zachariae l. c. § 102 i. f. § 144. II.; Planck l. c. § 151.

[22]) Vgl. Pacianus l. c. quarta differentia Nr. 56. 57.

[23]) In diesem Falle behandelt Wetzell l. c. S. 180 u. 474 den Sachverständigen in jeder Richtung als wahren, u. z. sachverständigen Zeugen. S. auch Renaud l. c. § 115

um das Gutachten eines individuell bestimmten oder öffentlich besonders bestellten Sachverständigen handelt, etwas anders. Wenn da eine solche Verpflichtung nicht bestünde, so könnte jeder von der Partei oder vom Richter angegangene Sachverständige die Abgabe eines Gutachtens ohneweiters verweigern und auf diese Art würde doch offenbar der Rechtspflege das ihr unentbehrliche Sachverständigengutachten nicht minder entgehen, als wenn der Zeuge oder der individuell bestimmte Sachkundige sich weigert. Die Rechtspflege müßte entweder für alle nur denkbaren Fachrichtungen öffentlich bestellte Sachverständige haben oder in den bei Weitem meisten Fällen auf das Gutachten verzichten können; daß aber weder das Eine, noch das Andere angeht, ist wol klar. Aus diesem Grunde muß meines Erachtens die allgemeine Verpflichtung Sachverständiger zur Function als solcher und Abgabe des Gutachtens im Civil- und im Strafprocesse in analoger Weise, aber auch mit den gleichen Befreiungsgründen bestehen, wie die allgemeine Zeugnißpflicht[24]). Die Verbindlichkeit zur Eidesleistung ist auch hier in der erwähnten allgemeinen Verpflichtung enthalten.

---

4. Capitel.

Urkunden*).

Abgesehen von der weiten Ausdehnung, welche der Begriff instrumentum (Urkunde) im Anschlusse an die Definition von Paulus in l. 1. D. h. t. (de

---

[24]) S. Schneider l. c. § 186; Walther l. c. S. 262 u. ff.; Heffter l. c. § 246 i. f.; Wetzell l. c. S. 477; Langenbeck l. c. S. 576, 577; dagegen: Gönner l. c. II. S. 444; Reinhardt l. c. § 186. g; Bayer l. c. S. 825; Endemann Civilproc. § 191. III. B. 1; Pratobevera l. c. S. 282; Renaud l. c. § 118. Note 9, § 149. Note 31. 32; Mittermaier l. c. S. 200. 201; Zachariae l. c. II. § 102 Note 17; Planck l. c. § 87. Im Civilprocesse anerkennen auch die neueren Gesetzgebungen eine solche Verpflichtung nur bei denjenigen Sachverständigen, welche die betreffende Wissenschaft, Kunst oder das Gewerbe „öffentlich zum Erwerbe ausüben oder zu deren Ausübung öffentlich angestellt oder ermächtigt sind", vgl. österr. Hofdec. v. 15. Jänner 1787 Nr. 620 J. G. S. lit. h. u. Entwurf einer neuen österr. C. P. O. § 396; bairische C. P. O. art. 436; C. P. O. f. d. dtsch. Reich § 372 u. Motive der Regierungsvorlage dazu (Berlin 1876) S. 496. Anders dagegen im Strafprocesse: vgl. § 119 der österr. Strafproceßordnung v. 23. Mai 1873.

*) S. die Quellen- und Literaturangaben bei Osterloh l. c. II. § 266. Note 1. Dazu: Langenbeck l. c. S. 613 u. ff.; Endemann Beweislehre S. 253 u. ff. u. Civilproc. § 192 u. ff.; Globig l. c. II. S. 219 u. ff.; Pratobevera Materialien Bd. IV. S. 1 u. ff.; Haimerl Magazin Bd. IX. S. 1 u. ff.; Baehr in den Jahrbüchern von Jhering u. Unger. Bd. XIV. S. 27 u. ff.; Wetzell l. c. § 24; Renaud l. c. § 114 u. ff.; Mittermaier Beweislehre § 48 u. ff. u. deutsches Strafverf. I. § 98 u. ff. II. § 174 u. ff.; Zachariae l. c. II. § 147; Planck l. c. § 98 u. 133; Heusler im Archiv f. civil. Praxis Bd. 62. S. 280 u. ff.

fide instrum. 22. 4.) erlangt hat und in welcher derselbe als mit Beweismittel überhaupt zusammenfallend[1]) nicht hieher, in die Erörterung des damit bezeichneten besonderen Beweismittels gehört, versteht man unter Urkunden jene leblosen, körperlichen Gegenstände, welche zur Mitteilung von Thatsachen, Umständen oder Begebenheiten entweder eigens geschaffen worden oder vermöge einer in ihnen liegenden Beziehung zufällig geeignet sind. Unter diesen Begriff fallen nicht bloß Schriften, d. i. geschriebene oder gedruckte Aufzeichnungen sammt ihrer Unterlage (documenta), sondern auch Denkmäler aller Art, Grenzsteine, Aichpfähle, Wappen, Kerbhölzer u. dgl. (monumenta), aber die ersteren spielen, u. z. nicht erst heutzutage, sondern von altersher und mit dem Fortschreiten der Cultur immer überwiegender darin die Hauptrolle und deßhalb pflegt man auch den Begriff der Urkunde im gewönlichen, engeren Sinne auf diese zu beschränken[2]). Wenn nun im Civil- oder im Strafprocesse der Umstand oder die Thatsache, über welche eine solche Urkunde Auskunft oder Mitteilung bietet, den Gegenstand des Beweises bildet, so kann die Urkunde mit dieser ihrer Mitteilung Gründe für die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit der betreffenden Thatsache, d. i. für den Beweis nicht bloß überhaupt, sondern unter Umständen in sehr sicherer, verläßlicher Weise liefern einerseits deßhalb, weil ja Urkunden sehr häufig gerade um der Beweiswirkung willen errichtet, daher auch hiefür besonders sorgfältig ausgestattet sind, andererseits deßhalb, weil die in der Urkunde gebotene Mitteilung vermöge ihres da erlangten dauernden, bleibenden Charakters von manchen die Beweiskraft anderer Mitteilungen, z. B. der Zeugenaussage mindernden Gebrechen (z. B. mangelhaften oder schwindenden Erinnerungsvermögens, Verlauf langer Zeit u. dgl.) frei ist. Die Urkunde bildet sonach ein wichtiges, unter Umständen besonders verläßliches Beweismittel[3]) und daß sie auch ein selbstständiges Beweismittel ist, ergibt der Begriff, welcher sie als eine durchaus eigentümliche, von anderen Beweismitteln verschiedene Form,

---

[1]) Das „causam instruere" der cit. l. 1 D. 22. 4, womit zu vergl. l. 99. § 2. D. de V. S. (50. 16.), ist nach Glück Commentar Bd. XXII. S. 4 u. ff. (übereinstimmend damit Heumann Handlexicon Jena. 1857 v. instruere u. Sintenis ꝛc. deutsche Uebers. des corpus jur. civ. l. c. Note 92) auf das „Unterstützen einer Rechtssache mit Beweismitteln" zu beschränken, wird aber auch noch weiter (s. z. B. das bei Reinhardt l. c. I. § 175. Note 2 i. f. angeführte Scholion u. Zachariae l. c. II. § 147. Note 1.), nemlich auf das Beibringen „Alles zur Erörterung der Sache dienlichen" gefaßt. Daß übrigens auch das deutsche Wort Urkunde „an sich Alles bedeutet, wodurch die Wahrheit kundgethan wird", hat schon Zachariae l. c. nach W. Müller's mittelhochdeutschem Wörterbuche hervorgehoben.

[2]) Ueber die vielfachen auch gegenwärtig noch herrschenden Abweichungen in der Begriffsbestimmung vgl. z. B. Reinhardt l. c. I. § 175. Note 2; Heffter l. c. § 247; Bayer l. c. S. 833. 834; Langenbeck l. c. S. 613—615; Mittermaier Beweist. S. 378. 379; Haimerl l. c. S. 1—4; Heusler l. c. S. 280 u. ff.

[3]) Die ältere Doctrin nennt den Urkundenbeweis „probatio probata, evidens, manifesta u. dgl. s. Mascardus l. c. concl. 908. 1124. 1148. Die Vorzüge des Urkundenbeweises sind insbesondere hervorgehoben von Best l. c. § 52 u. 193 nach Dumat: les

in der Beweisgründe geliefert werden, darstellt. Von dem Beweisgrunde selbst aber, welchen die Urkunde bietet, läßt sich das Letztere keineswegs sagen. Dieser liegt eben in der Mitteilung, welche die Urkunde über das zu beweisende Factum enthält[4]) und wenn auch der Charakter dieser Mitteilung ein sehr verschiedenartiger sein kann, so ergibt sich aus demselben doch immer die Identität mit einem anderen Beweisgrunde resp. Beweismittel. Diese Mitteilung kann nemlich nur bestehen entweder in einer, sei es von den Proceßparteien selbst oder von dritten Personen abgegebenen, das zu beweisende Factum betreffenden Willenserklärung, welche die Natur einer rechtlichen Disposition oder sonstige für den Proceß belangreiche juristische Bedeutung hat, oder in einer einfachen Aussage über das zu beweisende Factum, u. z. wieder sei es Aussage der Proceßparteien selbst oder dritter am Processe gar nicht beteiligter Personen. Im letzteren Falle trägt die Mitteilung, was die Beweiswirkung im Allgemeinen anbelangt, ganz entweder den Charakter der Zeugenaussage resp. des Sachverständigengutachtens oder, da die von der Proceßpartei selbst herrührende Aussage die dießbezüglichen begrifflichen Erfordernisse sehr wol haben kann, des außergerichtlichen Geständnisses an sich und fällt daher bezüglich des Beweisgrundes mit den genannten anderen Beweismitteln zusammen. Im ersteren Falle aber ist die Urkunde (von Wetzell l. c. S. 195 dispositive Urkunde genannt) nicht bloßes Beweismittel, sondern ihr Inhalt ist da, wie neuestens Bachr in Ihering's u. Unger's Jahrbüchern Band XIV. S. 36 u. ff. treffend ausgeführt hat, juristische Thatsache, ein Rechtsact selbst, die Urkunde ist da „die äußere Erscheinungsform, gleichsam der Körper" des Rechtsactes und wenn diese Thatsache oder der Act Gegenstand des Beweises ist, so beweist ihn die Urkunde, weil sie eben der Rechtsact (z. B. die amtliche Anordnung, das Testament, der schriftliche Vertragsabschluß, die Acceptation, Benachrichtigung u. dgl.) ist[5]).

---

lois civiles (1835). S. dazu Pratobevera l. c. S. 19; Bayer l. c. S. 834; Langenbeck l. c. S. 616; Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. III. S. 279.

[4]) „Um übrigens einen allgemeinen Maßstab für den juristischen Wert einer Urkunde zu geben, kann man mit Martin (Vorlesgen. Bd. 2. S. 250.) annehmen, daß man abgesehen von der Echtheit sich vorstellen muß. der angebliche Verfasser der Urkunde, d. h. diejenige Person, welche als solcher genannt ist, thue mündlich dieselbe Aeußerung, welche den Inhalt der Urkunde ausmacht und dann fragen, welche Beweiskraft eine solche mündliche Aeußerung genießen würde. Denn der Umstand, daß irgend eine Aeußerung auf Papier oder eine andere Unterlage eingetragen ist, gibt der Aeußerung selbst keinen höheren Wert" ꝛc. Langenbeck l. c. S. 616. 617. Es ist dieß nichts Anderes, als der Sinn der von der älteren Doctrin aufgestellten Regel: „Viva vox, quod non operatur, nec etiam vox mortua." Vgl. Wetzell l. c. S. 193. 195; Heusler l. c. S. 224. 225.

[5]) Auch Bayer l. c. S. 844 sagt: „Denn eine Urkunde dieser Art (dispositive Urkunde) ist nicht ein bloßes Zeugniß über irgend eine Handlung, sondern unmittelbar die Handlung selbst, welche durch die Schrift sichtlich erkennbar und in dieser Erkennbarkeit auf eine bleibende Art fixirt worden ist" und Wetzell l. c. S. 195 bemerkt: „In allen diesen Fällen (der Dispositivurkunden) ist dem Richter Gelegenheit gegeben, gleichsam durch Augenschein die fragliche Willenserklärung selbst wahrzunehmen." Vgl. auch Wachenhusen im Archiv f. civil. Praxis. Bd. 13. S. 149. 151. 206 u. ff.

Den ganz gleichen Charakter kann auch die Urkunde im Strafprocesse haben, indem sie die strafbare Handlung (z. B. Urkundenfälschung, Schmähschrift, Aufforderung zum Verbrechen) selbst enthält[6]. Da wird durch die Urkunde das zu erweisende Factum selbst dem Richter vor die Augen gebracht, die Art, wie und der Grund, warum der Richter von der Wahrheit der Thatsache überzeugt wird, ist seine eigene Wahrnehmung, d. h. hier ist das Beweiswirkende der richterliche Augenschein[7]. Mag die Urkunde was immer enthalten, einen anderen Charakter als einen der angeführten, kann sie nicht haben[8]), und so ergibt sich denn, daß der Beweisgrund der Urkunde nichts Selbstständiges, sondern immer ein anderes Beweismittel: außergerichtliches Geständniß, Zeugenaussage, Sachverständigengutachten oder Augenschein ist und sonach je nach der verschiedenen Natur der Urkunde sich mit dem Beweisgrunde dieser identificirt. Man könnte hiernach allerdings etwa sagen, der Urkundenbeweis löse sich seiner inneren Natur nach schließlich immer in einen Beweis durch Augenschein, außergerichtliches Geständniß u. s. w. auf[9]), allein man kann meines Erachtens nicht sagen: die Urkunde sei kein selbstständiges Beweismittel[10]); denn sie bleibt trotz alledem doch immer eine ganz eigentümliche, selbstständige Erscheinungsform dieser verschiedenen Beweisgründe und daß eben auf diese Form im Processe sehr Viel ankommt, ist schon an sich klar und wird sich sogleich noch näher herausstellen.

Nach der Natur des Beweisgrundes bestimmen sich die zur Beweiskraft des bezüglichen Beweismittels nötigen Erfordernisse. Wenn nun wirklich die

---

[6]) Vgl. Mascardus l. c. Vol. I. concl. 461. Nr. 12 u. ff; Vol. II. concl. 500. Nr. 6; Mittermaier Beweislehre S. 379. 381. 383; Planck l. c. S. 378.

[7]) Zu weit geht Baehr l. c. S. 28, wenn er ohne Unterscheidung den Satz an die Spitze stellt: „Der Urkundenbeweis ist ein Beweis durch den Augenschein. Die Urkunde beweist, indem sie eine bestimmte Schrift oder sonstige Zeichen dem Auge des Richters vorführt." Dagegen hat schon Haimerl l. c. S. 2 sehr richtig bemerkt: „Der Richter überzeugt sich durch die An- oder Einsicht der Urkunde, also durch den Augenschein, von ihrer beweisenden Form und ihrem Inhalte, allein nicht von dem thema probandum, von dem durch die Urkunde zu beweisenden Factum.... Die Partei, die sich darauf bezieht, wird eine Copie (Modell, Zeichnung, Abschrift) allegiren und es wird im Falle der Notwendigkeit eine Recognoscirung, allenfalls an Ort und Stelle, notwendig werden; allein nur um das Beweismittel zu constatiren, nicht aber, um das zu beweisende Factum durch gerichtlichen Augenschein zu erproben." In dem Satze Hefftter's l. c. § 249: „Urkunden sind Zeugnisse ihrer Verfasser" ist Zeugniß wol nur in einem weiten, uneigentlichen Sinne genommen.

[8]) Vgl. trotz sehr verschiedener Auffassung Gensler l. c. Bd. I. S. 57 u. ff. Gönner l. c. II. S. 484 u. ff; Grolmann l. c. § 98; Reinhardt l. c. I § 177; Linde l. c. § 273; Schneider l. c. § 196; Osterloh l. c. II. § 206. Renaud l. c. § 114, Endemann Civilproc. § 194. III; Haimerl l. c. S. 9. 10 u. die oben Note 5 u. 6 Cit. Dagegen namentlich Heusler l. c. S. 285 u. ff.

[9]) In diesem Sinne ist es wol gemeint, wenn z. B. bei Globig l. c. S. 212. Pratobevera l. c. S. 11. Planck l. c. § 89 gesagt wird, daß die „Urkunden keine selbstständige Erkenntnißquelle der Wahrheit" bilden.

[10]) Zachariae l. c. II § 147. I.

Urkunde nichts Anderes wäre, als außergerichtliches Geständniß, Zeugenaussage u. s. w., so wäre die Frage nach diesen Erfordernissen durch einfache Verweisung auf die früher bereits erörterten Erfordernisse des außergerichtlichen Geständnisses, der Zeugenaussage u. s. w. erledigt. Doch, dem ist keineswegs so, u. z. weder nach allgemeiner, durch die Natur der Sache geleiteter Erwägung, noch nach den positiven Bestimmungen des canonischen oder irgend eines anderen Rechts, und darin manifestirt sich eben auf das Eclatanteste die Selbstständigkeit des durch die Urkunde vertretenen Beweismittels, resp. des Urkundenbeweises. Der materiell gleiche Beweisgrund stellt hier für seine besondere Erscheinungsform auch besondere Anforderungen.

Wie immer nun die Urkunde zum Beweise herangezogen werden mag, ob durch officielle Thätigkeit des Richters oder durch Vorlage (Production) der Partei, stets soll sie als die Willenserklärung, als Zeugniß oder Geständniß einer *bestimmten* Person (des Ausstellers) wirken. Die Beziehung des Inhaltes der Urkunde auf diese bestimmte Person ist die Hauptstütze des intendirten und möglichen Beweises, ja beim Geständnisse beruht auf ihr sogar der Begriff desselben [11]). Da aber in der Urkunde die Erklärung oder Mitteilung von der Persönlichkeit losgelöst ist, so muß, bevor auf die Beweiskraft und ihre Erfordernisse eingegangen werden kann, eben nach der Natur der Urkunde ein anderer Punkt festgestellt werden, d. i. der, ob die Urkunde wirklich von demjenigen herrührt, welcher in derselben als der Verfasser bezeichnet oder von dem, der sich darauf beruft, als solcher ausgegeben wird, d. h. ob sie *echt* (*authentisch*) sei. Diese Echtheit (Authenticität) der Urkunde (**veritas instrumenti**) gehört also gar nicht unmittelbar unter die Erfordernisse der Beweiskraft der Urkunde, sondern die Frage nach der Echtheit ist eine von der Frage nach der Beweiskraft *verschiedene*, dieser notwendig *vorausgehende* Vorfrage. Solange diese Vorfrage nicht entschieden ist, kann die Frage nach der Beweiskraft gar nicht gestellt, noch weniger entschieden werden; sie ist analog der Frage nach der Identität eines Zeugen, ob derselbe diejenige Person ist, als die er ausgegeben wird und deren Verhältnisse für die Beweiskraft seiner Aussage entscheidend sind [12]). Die Echtheit ist die fundamentale Voraussetzung, die Vorbedingung

---

[11]) Vgl. Haimerl l. c. S. 11.

[12]) S. oben 2. Cap. S. 21. Auch Endemann Civilproc. § 192. IV. bemerkt schon: „Die gesammte Urkundenlehre beruht auf der an sich ganz richtigen Erwägung, daß erst die Echtheit . . ., sodann die Beweiskraft des Inhaltes erkannt werden muß." Merkwürdig ist nur seine da gegebene Definition der Echtheit: „d. h. die Gewißheit, *von wem* die Urkunde herrührt". Freilich heißt es dann § 219 wieder: „Echt ist die Urkunde, welche wirklich von Demjenigen herrührt, der sie ausgestellt haben soll." Am Entschiedensten hat diese Stellung der Echtheitsfrage Baehr l. c. S. 28 u. 36 gekennzeichnet. Ebenso bemerkt Schultze in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 18. S. 229: „Die Beweiskraft der Urkunden kommt in zwei von einander völlig unabhängigen, streng zu scheidenden, — aber bisher keineswegs consequent auseinandergehaltenen Beziehungen in Betracht; nemlich in ihrer formellen und ihrer materiellen Bedeutung. Die *formelle* Beweiskraft der Urkunden ist lediglich bedingt durch

der Beweiskraft und die Notwendigkeit dieser für die Beweiswirkung geradezu fundamentalen Eigenschaft der Urkunde liegt so sehr in der Natur der Sache, daß ohne dieselbe von einer Beweiskraft der Urkunde selbst dann nicht die Rede sein kann, wenn das positive Recht die dießfällige Forderung nicht direct ausspricht; daß sie aber vom canonischen Rechte verlangt wird, geht indirect aus den Bestimmungen desselben über litterae falsae oder auch nur suspectae z. B. in c. 3. 4. 6. 11. X. h. t. (2. 22.), c. 6. X. de except. (2. 25.) u. v. a. mit Bestimmtheit hervor.

Steht der Umstand fest, daß die ganze als Beweismittel vorgelegte Urkunde eben nicht von demjenigen herrührt, der als ihr Verfasser angegeben wird, so kommt es auf alles Weitere gar nicht mehr an. Ob die Urkunde eine Willenserklärung (einen Rechtsact) oder ein Zeugniß oder ein Geständniß enthalte, ob sie diese oder jene äußere Beschaffenheit habe, ist da vollkommen gleichgiltig, und ebenso ist der Grund, auf welchem die in der Unechtheit liegende Abweichung beruht, ob auf doloser oder culposer Handlung oder Zufall, für die weitere Frage der Beweiskraft unentscheidend. Wesentlich aber ist zunächst die Frage, ob der Richter die Echtheit der Urkunde von Amtswegen zu constatiren und wie diese Constatirung zu erfolgen habe? Wo für das Verfahren das Untersuchungsprincip gilt, hat der Richter wie jeden andern für die Entscheidung belangreichen, so auch diesen in der Echtheit liegenden Umstand ex officio zu constatiren, sich um die Mittel hiezu selbst umzusehen und kann sich dafür mit bloßen Vermutungen oder Annamen, wie sie für den Civilproceß nach der Natur desselben begründet und auch gesetzlich anerkannt sind, selbstverständlich nicht begnügen; [13]) wo aber die Verhandlungsmaxime vorherrscht, da hat nach den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast der Producent der Urkunde diesen, wie jeden anderen relevanten Umstand, auf welchen er sein Begehren stützt, im Falle des Leugnens von Seite des Gegners zu beweisen. Denn der Umstand, daß die producirte Urkunde von der als Aussteller bezeichneten Person wirklich herrührt, bildet einen integrirenden Bestandteil des Vorbringens, auf welches der Producent seinen Beweis und dadurch mittelbar auch sein Begehren stützt. [14]) Die Art und Weise aber, wie dieser Beweis zu liefern sei, ist Gegenstand des Beweisverfahrens und daher im zweiten Abschnitte zu erörtern. Doch muß hier schon hervorgehoben werden, daß vermöge gewisser anderer Eigenschaften der Urkunde dieser Beweis vom Pro-

---

ihre Echtheit .... Die materielle Beweiskraft der Urkunde dagegen ist abhängig von dem Inhalt derselben ... Die formelle Beweistüchtigkeit ist die Voraussetzung, ohne deren Vorhandensein von einer materiellen Beweiskraft der Urkunde überhaupt nicht die Rede sein kann."

[13]) S. Mittermaier Beweisl. § 51.

[14]) Vgl. Tancredus ordo jud. l. c. p. 3. tit 13. § 5. Durantis l. c. lib. II. part. II. de instrum. edit. § 7. Nr. 6; Gensler l. c. I. S. 59; Wachenhusen. l. c. S. 228; Haimerl l. c. S. 44 u. ff; Bayer l. c. S. 854; Wetzell l. c. S 212. 217; Renaud l. c. § 115. 117.

ducenten nicht immer erst besonders geführt zu werden braucht, sondern schon mit der Vorlage der Urkunde geboten wird, und daß daher in solchem Falle eine besondere Beweisführung nur vom Producten für die Unechtheit zu liefern ist. Dieß ist der Fall:

a) bei öffentlichen d. h. solchen Urkunden, welche von öffentlichen Behörden oder anderen öffentlich bestellten Organen als solchen in ihrem amtlichen Wirkungskreise vorschriftsmäßig ausgestellt werden.[15]) Diese tragen nemlich, wenn sie vorschriftsmäßig ausgefertigt sind, in ihrer äußeren Form bestimmte Kennzeichen der Echtheit an sich, die sich dem Richter mit der bloßen Vorlage der Urkunde von selbst durch den Augenschein darbieten und darauf stützt sich die auch im canonischen Rechte, wenngleich nicht direct ausgesprochene, so doch indirect anerkannte Regel,[16]) daß öffentliche Urkunden eines besonderen Beweises der Echtheit nicht bedürfen. Sowie Charakter und Wirkungen öffentlicher Urkunden überhaupt, so wurde auch diese Regel mitunter auf andere, den öffentlichen Urkunden allerdings in einzelnen Beziehungen nahestehende Urkunden, insbesondere auf sog. archivalische, d. h. solche Urkunden, welche in ein öffentliches Archiv aufgenommen und da aufbewahrt worden sind,[17]) auf die documenta quasipublica, d. i. von drei männlichen Zeugen unterschriebenen Urkunden[18]), ja selbst auf alte, d. h. ihrer ganzen äußeren Erscheinung nach offenbar aus sehr alter Zeit herrührende Urkunden[19]) ausgedehnt; allein das canonische Recht bietet für diese specielle Ausdehnung ebenso wenig einen Anhaltspunkt, wie für jene allgemeine, von welcher noch später die Rede sein soll.

b) bei legalisirten, d. h. solchen Urkunden, welche die von der competenten öffentlichen Behörde oder Person erteilte Bestätigung ihrer Echtheit (Legalisirungsclausel) enthalten. Hier ist nur diese Bestätigung (das amtliche

---

[15]) Vgl. über die geschichtl. Entwicklung Wetzell l. c. S. 205 u. ff. Endemann Beweislehre §. 66. 67. 78. Für das canon. Recht ist zu vgl. c. 7. 11. X. de prob. (2. 19.); c. 2. 15. 16. X. h. t. (2. 22.); c. 18. X. de praescript. (2. 26.); c. 2. de offic. ordin. in VI^to (1. 16.); Conc. Trid. sess. 24. c. 1. 2. de ref. matr.

[16]) c. 2. X. h. t. (2. 22.); vgl. Wetzell l. c. S. 212; Bähr l. c. S. 28. 29; dagegen jedoch Renaud l. c. §. 115. Note 9. Für das röm. Recht s. Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. III. S. 280. 281.

[17]) S. Spangenberg im civilist. Arch. Bd. 2. S. 94. 95; Reinhardt l. c. I. §. 181; Linde l. c. § 274. Note 9; Langenbeck l. c. S. 628 u. ff; Renaud § 115 i. f.; Endemann Beweislehre § 76 u. Civilproc. §. 195. II.

[18]) Vgl. Gönner l. c. II. S. 462. 463; Gensler im civil. Arch. Bd. II. S. 328 ff. u. Commentar zu Martin's Lehrb. ad. § 196; Linde l. c. § 274. Note 10; Endemann Beweislehre § 67. 73 u. Civilproc. § 195. I.

[19]) Mascardus l. c. concl. 108. 907. Schneider l. c. § 305 u. ff; Spangenberg l. c. S. 97; Wetzell l. c. S. 209. Note 68; Endemann Beweislehre § 77 u. Civilproc. § 195. III. Daß insbesondere aus c. 18. X. de prob. (2. 19.) für den hier fraglichen Punkt Nichts zu entnehmen ist, zeigt der Wortlaut desselben allein deutlich genug.

Certificat oder Zeugniß) eine öffentliche Urkunde, sie „macht die legalisirte Urkunde selbst noch nicht zur öffentlichen, wenn ihr diese Eigenschaft nicht schon vermöge ihrer anderweitigen Beschaffenheit und abgesehen von der Legalisirung zusteht“ und sie erbringt den Beweis der Echtheit der legalisirten Urkunde vermöge der den öffentlichen Urkunden überhaupt zukommenden Beweiskraft vollständig. Da nun aber eine solche legalisirte Urkunde diesen Beweis eben an sich selbst trägt, so ist derselbe auch schon mit ihrer Vorlage geboten und es könnte sich nur um die Echtheit der amtlichen Bestätigung (Legalisirungsclausel) selbst handeln, für die aber das unter a) Gesagte gilt[20]).

Daß in den beiden genannten Fällen kein Beweis der Echtheit, sondern bloß eine den Producenten von der dießfälligen Beweispflicht befreiende Vermutung für die Echtheit vorliege, läßt sich hiernach wol nicht sagen. Die Echtheit wird auch hier bewiesen, u. z. durch den Augenschein, es bedarf da nur keiner besonderen, auf die Herbeischaffung der hiefür nötigen Beweisgründe gerichteten Thätigkeit des Producenten; diese liegen in der Urkunde selbst und werden daher mit der in der Hauptsache unternommenen Beweisführung zugleich geliefert.[21])

Diese Auffassung scheint mir insbesondere im canonischen Rechte bestimmt ausgesprochen. Denn wenn c. 2. X. h. t. (2. 22.) erklärt: „Scripta vero authentica, si testes inscripti decesserint, nisi per manum publicam facta fuerint, ita quod appareant publica, aut authenticum sigillum habuerint, per quod possint probari, non videntur nobis alicujus firmitatis robur habere“, so wird auf das „apparere“ und auf das „sigillum authenticum, per quod possint probari“ nicht bloß ein großes Gewicht gelegt, sondern ausgesprochen, daß

---

[20]) Haimerl l. c. S. 8. 11; Baehr l. c. S. 29: Eine solche Urkunde „enthält einen doppelten Urkundenbeweis; einmal den Beweis, welchen die beglaubigte Urkunde nach Maßgabe ihres Inhaltes erbringt“ (und der durch die hinzugefügte Beglaubigung gar nicht berührt wird) „und weiter als Grundlage dieses Beweises den Beweis der Echtheit dieser Urkunde, welchen die hinzugefügte Beglaubigung liefert.“

[21]) Vgl. Renaud in der Ztschr f. C. R. und Proc. Bd. 18. S. 321 u. ff. u. Lehrb. § 115, der dieß jedoch nicht auf die öffentl. Urkunde an sich, sondern nur dann auf die öffentl., ebenso aber auch auf die Privaturkunden bezieht, wenn sie „gewisse äußere Kennzeichen an sich tragen, welche ... durch richterlichen Augenschein festgestellt ... werden können.“ Dagegen ist jedoch zu bemerken, daß das Ansichtragen so gearteter äußerer Kennzeichen eben im Charakter der öffentlichen Urkunde liegt, während andererseits bei Privaturkunden das Fehlen solcher Kennzeichen auch als in ihrem Charakter gelegen bezeichnet werden darf, und daß somit die unter a) erwähnte Regel allerdings für alle unter den Begriff der öffentlichen fallenden Urkunden begründet ist. Von dieser Regel müssen allerdings die Ausnamen zugegeben werden, daß α) auch bei öffentl Urkunden, wenn der Richter sich durch den Augenschein die Ueberzeugung von der Echtheit nicht verschaffen kann (c. 2. X. cit. redet auch nur von einem probari posse), ein besonderer Echtheitsbeweis erforderlich sein, und daß β) unter Umständen auch bei Privaturkunden der Echtheitsbeweis durch den Augenschein geliefert werden und dann in dieser Beziehung auch der gleiche practische Erfolg, wie bei öffentl. Urkunden eintreten kann. Allein diese Ausnamen heben die Regel nicht auf, sondern bekräftigen sie.

diese Urkunden in ihren äußeren Kennzeichen die zum Beweise der Echtheit erforderlichen Beweisgründe selbst schon enthalten, und daß dieselben darnach dem Richter schon durch die bloße Vorlage der Urkunde (Augenschein) dargelegt werden, ergibt sich dann ganz von selbst; denn der Gegenstand des hier erwähnten probare kann offenbar nichts Anderes sein, als die Echtheit dieser instrumenta. Hiernach stellt das canonische Recht nicht bloß eine gesetzliche Vermutung für die Echtheit öffentl. Urkunden auf, wie gewönlich angenommen wird[22]), sondern betrachtet die Production derselben zugleich als die zur Constatirung ihrer Echtheit erforderliche Beweisführung und es hat sonach der dem Producten obliegende Beweis der Unechtheit nicht den Charakter eines zur Entkräftung einer Rechtsvermutung zu liefernden ersten, sondern den eines wahren Gegenbeweises (s. I. allgem. Teil S. 23 ff.). Hieraus folgt aber auch, daß hier jedesfalls abgesehen von den durch die Beweiskraft und das Beweisverfahren in der Hauptsache gestellten Forderungen, dem Richter das Original der Urkunde, d. i. die vom Aussteller selbst errichtete, den Errichtungsact unmittelbar verkörpernde Urkunde[23]) vorliegen muß, weil eben sonst der Augenschein nicht möglich wäre.

Es kann aber auch der Fall sein, daß die Urkunde nur zum Teile, in einzelnen Bestandteilen nicht vom Aussteller selbst herrührt. Dießfalls kommt vor Allem das Verhältniß der Unterschrift der Urkunde zum Inhalte derselben in Betracht. Es ist eine in der Natur der Sache wolbegründete, vom römischen Rechte insbesondere ausgesprochene[24]) und daher auch für das canonische Recht geltende Annahme, daß derjenige, welcher eine, sei es nun von ihm selbst oder von Anderen geschriebene Urkunde unterfertigt, dadurch den ganzen zur Zeit der Unterfertigung vorhandenen Inhalt derselben sich aneignet. Worin die Unterfertigung bestehe, wird die Erörterung der Form der Urkunde zeigen; daß es aber die gleiche Wirkung hat, wenn diese Unterfertigung nicht vom Aussteller selbst, sondern von einem Anderen in seinem Auftrage erfolgt, ergibt sich für das canonische Recht insbesondere aus den allgemeinen Grundsätzen desselben über die Stellvertretung[25]). Daraus folgt nun wenigstens für den Civilproceß, daß sich der Beweis der Echtheit auf die Thatsache der Unterfertigung durch den Aus-

---

[22]) Vgl. Bayer l. c. S. 852. 853; Endemann Civilproc. § 193. IV. A.; Langenbeck l. c. S 642.

[23]) Haimerl l. c. S. 7. Schneider l. c. § 274: „Die Urkunde selbst."

[24]) l. 8 § 15. D. quibus mod. pign. v. hyp. solv. (20. 6.); l. 17. C. h. t. (de fide inst. 4. 21.); l. 5. C. plus val. quod ag. (4. 22.). cf. l. 26. § 1. D. de pign. et hyp. (20. 1.); l. 126. § 2. D. de V. O. (45. 1.); c. 6. X. de reb. eccl. al. (3. 13.) u. a. Vgl. Mascardus l. c. Vol. I. concl. 113. Nr. 16. 17; Vol. IV. concl. 1348; 1359 Nr. 65; 1395. Nr. 8; Schneider l. c. § 211; Pratobevera l. c. S. 72. 76; Wetzell l. c. S. 210. 211; Langenbeck l. c. S. 647 u. ff; Haimerl l. c. S. 18 u. ff; Baehr l. c. S. 30 u. ff.

[25]) S. z. B. nur c. 72. de reg jur. in VIto. (5. 13.).

steller selbst oder durch einen Anderen in seinem Auftrage beschränken kann. Allein diese Folge, die sonach ein practisch sehr wichtiges Resultat für das Civilverfahren involvirt, ist nach der Natur der ihr zu Grunde liegenden Vermutung oder Anname dadurch bedingt, daß der zur Zeit des erforderlichen Echtheitsbeweises vorliegende Inhalt der Urkunde ganz der nemliche ist, wie der zur Zeit der Unterfertigung derselben vorgelegene. Da macht sich nun sofort eine weitere Vermutung geltend; es wird nemlich diese Bedingung als erfüllt angenommen und die erwähnte Folge tritt ein, wenn sich an der äußeren Gestalt der Urkunde keinerlei Zeichen findet, das auf eine spätere Veränderung des ursprünglichen Inhaltes hinweist. Sowie es nun allerdings möglich ist, daß die erste Vermutung im concreten Falle überhaupt falsch ist, indem trotz wirklich erfolgter Unterfertigung der Unterzeichnende sich den Inhalt derselben doch keineswegs aneignen wollte, so ist es auch ganz gut möglich, daß, obgleich die Urkunde äußerlich vollkommen intact erscheint, doch der wirklich unterzeichnete Inhalt derselben von dem zur Zeit des Echtheitsbeweises vorliegenden himmelweit verschieden ist, da ja die spätere Veränderung in einer äußerlich absolut unkenntlichen Weise erfolgt sein kann.[26]) Allein diese Möglichkeit liegt

---

[26]) Wenn z. B. zur Urkunde ein gedrucktes Formular verwendet wurde, dessen Zwischenräume bei der ursprünglichen Ausfertigung nicht vollständig ausgefüllt und später zu ganz unkenntlichen Abänderungen des Inhaltes benutzt wurden, oder wenn ganz unmerkliche Ziffernveränderungen u. dgl. vorliegen. Hieher gehört auch der Fall, wenn der Aussteller in bianco unterschrieben oder bei der Unterfertigung in der Urkunde Lücken zu späterer Ausfüllung gelassen hat und bei Production der nunmehr vollständig ausgefertigten Urkunde behauptet, die Ausfüllung sei nicht seinem Willen gemäß erfolgt, sowie der Fall, wenn der Aussteller den Inhalt der Urkunde, obwol er lesen kann, bei der Unterfertigung derselben gar nicht gelesen hat und nun bei der Production derselben behauptet, ihr Inhalt sei ein anderer, als der, welchen er zu unterfertigen geglaubt habe. Alle diese Fälle führt Baehr l. c. S. 32—36 an und erörtert sie treffend; vgl. übrigens auch schon Mascardus l. c. concl. 1348 Nr. 16 u. ff; Schneider l. c. § 213; Langenbeck l. c. S. 649; Wetzell l. c. S. 217. Note 87. Nur mit der Entscheidung des von Baehr l. c. zuletzt angeführten Falles, wenn der Unterzeichner einer schriftlichen Urkunde nicht lesen kann, kann ich mich nicht einverstanden erklären. Durch die Unterfertigung der Urkunde wird doch, wie Baehr selbst sich ausdrückt, die Vermutung begründet, daß der Unterzeichner „sich den Inhalt dieser Schrift aneignet", d. h. daß ihm dieser Inhalt bekannt sei, und daß er ihn genehmige; auf welche Art ihm derselbe bekannt geworden sei, ob durch eigenes Lesen, durch Vorlesen desselben oder auf andere Weise, ist in dieser Vermutung keineswegs ausgesprochen, und daß es nicht gleichgiltig ist, ob die Vermutung lautet, Unterzeichner habe den Inhalt gekannt oder er habe ihn gelesen (worauf das von Baehr l. c. S. 34 Z. 5. gebrauchte „bez." hinzuweisen scheint), fällt von selbst auf. Wenn nun der des Lesens Unkundige die Urkunde, ohne daß sie ihm vorgelesen wird, auf die Versicherung hin, daß sie nichts Anderes, als den bestimmten, z. B. mit ihm längst vereinbarten Inhalt enthalte, durch Namensunterschrift oder auch nur durch Handzeichen unterfertigt, liegt da nicht der gleiche Vertrauensact gegenüber demjenigen, welcher ihm die Urkunde zur Unterschrift vorlegt, vor, wie in dem Falle, wenn er, obgleich er lesen kann, die Urkunde unterzeichnet, ohne sie gelesen zu haben oder wenn er eine Blanocozeichnung übergibt? Ich halte dies für ganz unzweifelhaft, dann muß aber auch die Folge die nemliche sein, nemlich die, daß der Unterfertigende „keinerlei den Beweis führen muß, daß er getäuscht sei"

eben in der Natur der Vermutung, sie hindert also auch nicht die rechtlichen Wirkungen derselben, sondern bedingt nur die Zulässigkeit des Beweises gegen die Vermutung und bewirkt sonach hier, daß, wenn der Gegner des Producenten eine solche äußerlich durchaus unkenntliche Veränderung des ursprünglichen Inhaltes behauptet, eben er den Beweis derselben liefern muß. Trägt dagegen die Urkunde schon in ihrer äußeren Gestalt solche Zeichen an sich, welche auf eine Veränderung des ursprünglichen Inhaltes hinweisen, so fehlt die erwähnte Bedingung, es kann daher auch nicht die davon abhängige obige Vermutung und ihre Folge eintreten, d. h. der dem Producenten obliegende Echtheitsbeweis kann sich da auf die bloße Thatsache der Unterfertigung nicht beschränken, sondern muß sich auch darauf erstrecken, daß trotz der in solchen Zeichen äußerlich erscheinenden Abänderung eine Veränderung des ursprünglichen Inhaltes der Urkunde doch nicht erfolgte[27]). Es sind dieß die vitia visibilia, insoweit sie ihrer Natur nach den Hinweis auf eine Veränderung des Inhaltes der Urkunde involviren und es ergibt sich hieraus, daß dieselben nicht bloß für die Beweiskraft des Inhaltes der Urkunde, sondern schon für die Echtheitsfrage von Bedeutung sind. Gerade das canonische Recht behandelt diese vitia visibilia wesentlich auch aus dem Gesichtspunkte ihrer Bedeutung für die Echtheitsfrage. Es bezeichnet dieselben als eine „species falsitatis“ (c. 6. X. h. t. 2. 22.), das Vorbringen derselben von Seite des Producten als ein literas „falsitatis arguere“ (c. 3. X. ibidem) und hält die Urkunden mit Rücksicht auf dieselben für „falsae“ oder doch „suspectae“ (c. 3. X. cit.; cf. c. 16. X. h. t.; c. 7. X. de relig. dom. (3. 36.); c. 14. X. de privil. (5. 33.) u. a. m.). Dieser

---

(Baehr S. 32. 33.) und es bedarf dann zum Behufe des Echtheitsbeweises auch in dem Falle, wenn ein des Lesens Unkundiger die Urkunde durch Handzeichen (und man darf, da die Unname, daß derjenige, welcher Schriftzüge schreibt, auch Geschriebenes zu lesen verstehe, wol kaum so ausgemacht und unbedenklich ist, auch hinzufügen: oder durch Namensunterschrift) unterfertigt, nicht „noch des besonderen Beweises, daß der Inhalt in anderer Weise zur Kenntniß des Unterzeichners gekommen sei, daß also (?) ein Anderer ihm die Urkunde vor oder bei der Unterzeichnung richtig vorgelesen habe.“ Die Unterzeichnung mittels Handzeichens (richtiger vielmehr: durch einen des Lesens Unkundigen) steht sonach dießfalls mit der durch Namensunterschrift (durch einen des Lesens Kundigen) auch ohne diesen Beweis, schon kraft der erörterten Vermutung „auf gleicher Linie.“ Freilich muß die Thatsache der Unterfertigung hier, wie in allen Fällen feststehen, wenn die Vermutung platzgreifen soll und es wird im Falle der Unterfertigung durch Handzeichen diese Constatirung gewönlich schwieriger sein; da ist nun wieder der Ausführung Baehr's durchaus beizustimmen, daß es unrichtig ist, anzunehmen, „es könne die Echtheit solcher Urkunden nur durch öffentl. Beglaubigung bewiesen werden“ und andere Beweismittel auszuschließen.

[27]) So insbes. Radirungen, Einschaltungen, Correcturen mit verschiedenen Schriftzügen u. dgl. Daß hieher auch der Fall gehört, wenn die Urkunde aus mehreren Teilen, Bogen oder Blättern besteht, welche nicht in einen jede spätere Unterschiebung ausschließenden Zusammenhang gebracht sind, hat schon die alte allg. österr. Gerichtsordnung § 115 hervorgehoben (vgl. Pratobevera l. c. S. 79. Haimerl l. c. S. 38. 39) und wird auch von Baehr l. c. S. 32 besonders betont.

Verdacht bezieht sich doch wenigstens auch auf die Echtheit, indem er darin besteht, daß Urkunden, die an solchen Gebrechen leiden, nachträglich geändert worden seien. Liegen derartige Gebrechen nicht vor, dann besteht auch dieser Verdacht nicht und daraus folgt doch wol bestimmt, daß die obenerwähnte weitere Vermutung: es sei, wenn die Urkunde keinerlei äußere Gebrechen der bezeichneten Art aufweist, der zur Zeit des Echtheitsbeweises vorliegende Inhalt derselben der nemliche, wie der zur Zeit der Unterfertigung vorgelegene, auch dem canonischen Rechte angehört und daß daher auch die weiteren Ausführungen für dasselbe gelten[28]). Andererseits folgt aber auch daraus, daß derart mangelhafte Urkunden für den Beweis nicht absolut unverwendbar sind; wenn auch wirklich eine nachträgliche, ohne Wissen und gegen den Willen des Ausstellers erfolgte Veränderung des ursprünglichen Inhaltes constatirt ist, so kann doch die Urkunde noch immer mehr oder weniger gewichtige Beweisgründe enthalten und es kommt da eben erst auf die Bedeutung dieser Veränderungen und auf die sonstigen für die Beweiswirkung entscheidenden Momente an.

Abgesehen nun von der durch die Eigentümlichkeit des Urkundenbeweises immer gebotenen Constatirung der Echtheitsfrage kann die Beweiskraft der Urkunde nur bestimmt werden durch den Inhalt und durch die Form derselben.

1) Rücksichtlich des Inhaltes ist zur Beweiskraft der Urkunde vor Allem erforderlich, daß er bestimmt, klar und deutlich laute; es versteht sich von selbst und bedarf keiner positiven Normirung, daß Urkunden nicht beweiskräftig sind, aus denen mit Bestimmtheit gar nicht zu entnehmen ist, was sie denn eigentlich enthalten. Nicht bloß bei Denkmälern, sondern auch bei schriftlichen Urkunden kann dieß ein schwieriger, unter Umständen selbst wieder abgesonderter Beweisführung (insbesondere durch Sachverständige) bedürftiger Punkt sein und es kann dort, wo dieß erforderlich ist, die Beweiskraft der Urkunde

---

[28]) „Ubi autem instrumentum suspectum videtur vituperatione, rasura vel alio simili, oportet eum, qui illud inducit, probare veritatem.“ Tancredus ordo jud. p. 3. tit. 18. § 5. Vgl. vorzugsweise Durantis l. c. lib. II. part. 2. de fide instrum. § 8, der auch schon Nr. 2 da bemerkt: „Si vero non apparet suspectum, incumbit probatio accusanti.“ Mascardus l. c. Vol. II. concl. 741; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 8. X. h. t. (2. 22.). Die Beziehung dieser vita visibilia zur Echtheit der Urkunde wird teils gar nicht, teils nicht bestimmt genug hervorgehoben. So behandelt z. B. Reinhardt l. c. I. § 178. b. derart mangelhafte Urkunden als ungiltig, Linde l. c. § 277, Österloh II. § 267. Note 4. u. A. nur als gar nicht oder minder beweiskräftig, Langenbeck l. c. S. 686 als regelmäßig irrecognoscibl, womit zu vgl. Martin l. c. § 208 und Renaud l. c. §. 116. Am Nächsten steht der hier vertretenen Auffassung Wetzell l. c. S. 209. 210, der die Echtheit der Urkunde (veritas instrumenti) von der Unverfälschtheit derselben (bonitas instr.) scheidet, letztere als das negative Moment der formellen Glaubwürdigkeit der Urk. bezeichnet und bemerkt: „Jedoch bedarf das negative Moment, die Unverfälschtheit der besonderen Nachweisung nur dann, wenn die zum Zweck des Beweises producirte Urkunde Zusätze, Radirungen oder sonstige Correcturen zeigt .... Dagegen wird die Unverfälschtheit äußerlich integer erscheinender Urkunden bis zum Beweise des Gegenteils präsumirt.“

erst in Frage kommen, wenn dieß genau festgestellt ist[29]). Sodann aber hängt die ganze Beweiskraft der Urkunde von der durch die Natur ihres Inhaltes bestimmten Beziehung desselben zu dem Beweisthema ab, und da diese Natur nach dem oben Erörterten eine wesentlich verschiedene sein kann, so ist zu unterscheiden:

a) Besteht der Inhalt der Urkunde in einer juristisch relevanten *Willenserklärung* oder *Verfügung* des Ausstellers, wie bei Vertragsurkunden, schriftlichen letztwilligen Verfügungen, Offerten, Annamen solcher, amtlichen Anordnungen, Entscheidungen oder Erlässen u. dgl. (bei den sog. *dispositiven* Urkunden[30]), so hängt die Beweiskraft der Urkunde nur davon ab, daß der Bestand oder Inhalt der Verfügung den Gegenstand des Beweises bilden. Denn hier *ist*, wie oben bereits hervorgehoben wurde, die Urkunde die bezügliche juristische Thatsache, amtliche Verfügung u. dgl. *selbst*, ihre beweisende Kraft liegt hier darin, daß mit ihr das zu beweisende Factum selbst der eigenen unmittelbaren Wahrnehmung des Richters (durch Augenschein) unterstellt wird, die Beweiswirkung des Augenscheines kommt da mittelbar der Urkunde, als der den Augenschein ermöglichenden Gestalt des zu beweisenden Factums zu. Hiebei macht es keinen Unterschied, ob die Urkunde eine öffentliche oder eine Privaturkunde ist und ob der Beweis gegen den Aussteller oder gegen dritte Personen intendirt, resp. geführt wird; denn auf die aus der unmittelbaren Wahrnehmung zu gewinnende Ueberzeugung haben alle diese Umstände keinerlei Einfluß. Wol aber ist die Beweiskraft der Urkunde da nur beschränkt auf die Existenz und den Inhalt der getroffenen Anordnung oder Disposition; denn wenn, wie gesagt, die eigene Wahrnehmung des Richters hier das Beweiswirkende ist, so kann dadurch natürlich nur dasjenige bewiesen werden, was durch die Urkunde dieser Wahrnehmung wirklich unterstellt wird. Auf die Frage nach der Giltigkeit oder Rechtswirksamkeit des durch die Urkunde verkörperten Rechtsactes, sowie auf andere in der Urkunde etwa angeführte Umstände, z. B. Ort und Zeit des Geschäftsabschlusses und dgl. erstreckt sich sonach diese Beweiskraft nicht. Andererseits aber ist der für die *thatsächliche Existenz* der Willenserklärung oder Anordnung hier erbrachte Beweis so stark, daß der directe Gegenbeweis (der Beweis *gegen* diese thatsächliche Existenz) nicht zulässig ist; denn wenn mit der Urkunde die zu beweisende *Thatsache* der Willenserklärung selbst vor die Augen des Richters hingelegt wird, so *kann* es

---

[29]) Vgl. *Mittermaier* Beweisl. S. 398. 399; *Langenbeck* l. c. S. 691; *Haimerl* l. c. S. 40.

[30]) Daß übrigens die seit *Wetzell* l. c. S. 195 allgemein angenommene Bezeichnung „dispositive Urkunde" hiefür zu enge ist, hat schon *Wetzell* selbst betont. Beispiele aus dem röm. Rechte gibt *Wetzell* l. c. Note 6. Im canon. Processe ist insbes. der Beweis des Bestandes und Inhaltes päpstlicher Privilegien, Delegationen, Mandate und anderer amtlicher Erlässe sehr häufig; s. z. B. c. 8. 4. 5. X. h. t. (de fide instr. 2. 22) und sehr viele cap. in dem Titel: X. und in VI^to. de rescript. (I. 3.).

einen Beweis, daß diese Thatsache derzeit nicht besteht, nicht gelten. Es kann wol ein Gegenbeweis in jeder anderen Richtung, z. B. dahin, daß die Disposition nicht zu Recht bestehe, etwa wegen Simulation oder dgl., oder daß der in der Urkunde gegebene Inhalt nicht der wahre Wille des Ausstellers oder nicht der vollständige, unverfälschte Inhalt der wirklich kundgegebenen Willenserklärung sei u. dgl. ebenwol geführt werden, allein die Thatsache der Verfügung kann durch Gegenbeweis nicht entkräftet werden, weil sie eben selbst unmittelbar in der Urkunde vorliegt[31]). Im Strafprocesse hat die Urkunde die gleiche Bedeutung und Beweiskraft dann, wenn in ihr die strafbare Handlung selbst enthalten ist, wie bei Schmähschriften, hochverrätherischen Unternehmungen, Fälschungen u. dgl. Doch ist natürlich auch hier die Beweiskraft nur beschränkt auf die Thatsache der betreffenden strafbaren Handlung und den in der Urkunde vorliegenden Inhalt derselben und daß dieß allein zum Beweise des verübten Verbrechens oder zur Verurteilung des Beschuldigten keineswegs immer genügt, bedarf keiner näheren Ausführung[32]).

b) Enthält die Urkunde die Mitteilung oder Aussage einer dritten, an dem Processe nicht beteiligten Person über irgend einen Umstand, so kann im Civil- und im Strafprocesse die Frage nach ihrer Beweiskraft nur erhoben werden, wenn es sich eben um den Beweis dieses Umstandes handelt. Da kommt es nun doch vor Allem darauf an, wer die Aussage macht, unter welchen Umständen sie erfolgt und es muß sich daher der für den vorigen Fall gar nicht belangreiche Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden in sehr entscheidender Weise geltend machen. In der öffentlichen Urkunde stellt sich dem oben gegebenen Begriffe gemäß die darin enthaltene Mitteilung als die

---

[31]) Vgl. Gensler im Comment. zu Martin's Lehrb. ad § 195. B. 3. und im civil. Arch. Bd. 2. S. 3 u. ff; Wachenhusen im civil. Arch. Bd. 18. S. 130 u. ff; Gerau: „Ueber die Beweiskraft der Privaturkunden zu Gunsten der Aussteller, sowie gegen dritte Personen" in der Zeitschr. für Civil-R. und Proc. Alte Folge Bd. 20. S. 94 u. ff; Bayer l. c. S. 844 u. ff; Wetzell l. c. S 195. 196; Renaud l. c. § 121; Endemann Civilproc. § 193. IV. B. § 194. III. A; Baehr l. c. S. 36—53.

[32]) S. diesfalls Kleinschrod im alten Archiv des Criminal-R. Bd. 5. Stück 2. S. 69 u. ff. Mittermaier Strafverf. I. § 98; II. § 176 u. Beweislehre S. 399. 400; Planck l. c. S. 378. Gegen den allgemeinen Grundsatz der alten Doctrin (s. z. B. nur Glosse ad c. 10. X. de major. et obed. l. 33. v. „authenticas" u. Durantis l. c. lib. III. part. 1. de accusat. § 1, Nr. 28; Mascardus l. c Vol. I. quaest. 5. Nr. 13. 14. u. die da, sowie bei Jul. Clarus l. c. Citirten): „quod delicta non probantur per instrumenta", von welchem bei Julius Clarus sentent. recept. (Francof. 1596) lib. V. § fin. quaest. 54. Nr. 1 berichtet wird, daß „haec opinio tenetur et servatur pro evangelio", s. schon Julius Clarus selbst l. c. Uebrigens ist wol auch der genannte alte Grundsatz, welchen schon Durantis nur mit „videtur" gibt, nicht in dem Sinne zu fassen, als sei es durch gesetzliche Bestimmungen ausgeschlossen, ein Verbrechen durch Urkunden zu beweisen, sondern dahin zu verstehen, daß es der Natur der Sache nach nicht leicht möglich ist, ein begangenes Verbrechen durch Urkunden allein zu beweisen, und daß damit einer Urkunde im Strafverfahren nicht jegliche Beweiswirkung abgesprochen werden wollte.

Aussage einer unter öffentlicher Autorität bestellten, nach canonischem Rechte insbesondere auf die gewissenhafte Führung der Amtsgeschäfte eidlich verpflichteten[33]) Person oder Behörde über Gegenstände ihres durch das öffentliche Recht bestimmten amtlichen Wirkungskreises dar, u. z. als eine Aussage, deren Abgabe (in der Ausfertigung der Urkunde) selbst auch einen Act der unter öffentlicher Autorität geübten Amtswirksamkeit bildet. Es ist daher eine Forderung des öffentlichen Rechtes, daß einer solchen Aussage volle Beweiskraft im Processe zuerkannt werde, u. z. ohne Rücksicht darauf, ob derjenige, der im concreten Falle als Aussteller der Urkunde erscheint, die bezügliche Wahrnehmung selbst gemacht hat oder ob er nur die Wahrnehmung seines Vorgängers bekundet. Denn es ist dadurch nicht die Person des Ausstellers, sondern das Amt, resp. die amtliche Function mit einer besonderen Glaubwürdigkeit ausgestattet[34]). Hiernach ist aber einerseits die Beweiskraft öffentlicher Urkunden nur beschränkt auf diejenigen Umstände oder Handlungen, deren Feststellung oder Vorname nach der zur Zeit der Ausstellung bestehenden Organisation wirklich einen Gegenstand der Amtswirksamkeit des Ausstellers bildet[35]) und andererseits kann diese Beweiskraft nicht ausgedehnt werden auf Urkunden, welche, wenngleich sie sich durch besondere Umstände vor den gewönlichen Privaturkunden auszeichnen, nicht vollständig unter den Begriff der öffentlichen fallen. In letzterer Beziehung hat die ältere Doctrin insbesondere die mit der Unterschrift dreier unbescholtener, männlicher Zeugen versehenen Urkunden als **instrumenta quasi-**

---

[33]) Dieß wird in c. 13. X. de praescript. (2. 26.) insbesondere hervorgehoben: „nec credentes, ipsum scriniarium, quum juratus sit, officium suum fideliter exsequi, aliud scripsisse, quam a testibus diceretur“ etc. Auch in c. 10. X. h. t. (de fide instr. 2. 22.) heißt es, wenngleich nur in einer in die Sammlung nicht aufgenommenen Stelle der Decretale Innoc. III. (nach der Ergänzung bei Richter): „Satis est etenim, si propter tabellionis auctoritatem, qui suum officium fideliter adimplere praesumitur, quum ad hoc ex juramento teneatur,“ etc.

[34]) l. 6. C. de re jud. (7. 52.); l. 31. C. de donat. (8. 54.); c. 7. X. de prob. (2. 19.); c. 2. 15. X. de fide instrum. (2. 22.); c. 11. X. de praesumt. (2. 23.). Gegen die sehr häufige (s. Schmid l. c. II. § 243. Note 11.) und insbesondere auf das canon. Recht gestützte Annahme, es „streite eine Praesumtion für die Wahrheit dessen, was unter öffentlicher Autorität niedergeschrieben worden ist“, s. Oesterley das deutsche Notariat. (Hannover 1842) II. S. 661 u. ff. Ueber die geschichtl. Entwicklung des öffentlichen Urkundenwesens bei den Römern, in Italien und Deutschland s. Wetzell l. c. S. 205 u. ff. und Renaud l. c. S. 333 u. ff. Für den Strafproc. vgl. Mittermaier Beweisl. S. 387 u. 400; Zachariae l. c. II. S. 448; Planck l. c. S. 379.

[35]) So beweisen die pfarramtlichen Matrikel unmittelbar nur die Thatsache der Trauung, der Taufe, der Beerdigung; der Beweis für die Thatsache und den Zeitpunkt der Geburt, des Todes, für das Kindesverhältniß u. dgl. beruht nur auf weiterer Schlußfolgerung oder besonderer gesetzlicher Vorschrift, durch welche die Feststellung dieses Umstandes zum Inhalte des betreffenden Amtsactes gemacht wird. Das Zeugenverhörsprotocoll beweist nur, daß der Zeuge vernommen wurde und was er ausgesagt hat, für die Wahrheit dessen, was er aussagte, liefert dasselbe keinerlei Beweis. Vgl. Bayer l. c. S. 839; Wetzell l. c. S. 202. 203; Renaud l. c. S. 332.

publica behandelt und ihnen ohneweiters gleiche Beweiskraft, wie den öffentlichen Urkunden beigemeſſen [36]), ſodann auch die nur in einem öffentlichen Archive aufbewahrten Originalurkunden (ſog. archivaliſche Urkunden) den öffentlichen geradezu gleichgeſtellt [37]), ja überhaupt alten Urkunden eben ihres Alters wegen eine den öffentlichen nahekommende, jedesfalls eine höhere, als die den gewönlichen Privaturkunden zukommende Beweiskraft, u. z. gerade unter Berufung auf das canoniſche Recht (c. 13. X. de probat. 2. 19.) beigelegt und für den canon. Proceß iſt dieß allerdings maßgebend geworden. [38]) Allein ſo wenig ſich aus der Natur dieſer Urkunden eine ſolche Gleichſtellung mit den öffentlichen begründen läßt, ebenſo wenig kann dieſelbe aus irgendwelchen poſitiven Beſtimmungen des canoniſchen Rechts abgeleitet werden. Jene Stellen, welche von den Canoniſten für die archivaliſchen Urkunden und für die instrum. quasipubl. angeführt werden (c. 1. C. 30. q. 1; c. 28. X. de test. 2. 20; c. 2. X. de fide instrum. 2. 22; c. 13. X. de praescript. 2. 26. u. a.) bieten nicht den mindeſten Anhaltspunkt für dieſe Behandlung und was das „melius probare“ betrifft, wovon c. 13. X. de prob. (2. 19.) bezüglich der ‚libri antiqui‘ ſpricht, ſo iſt der Sinn deſſen doch wol nur der, daß ſich für den da erforderen Beweis der Diözeſangrenzen nach der Natur des zu beweiſenden Gegenſtandes alte ſchriftliche Aufzeichnungen oder andere darüber etwa vorhandene directe Auskunftsmittel („vel alio modo“), wenn ſie nemlich ihrer ſonſtigen Beſchaffenheit nach nur überhaupt beweiskräftig ſind, am Beſten eignen würden; daß den Urkunden oder anderen Beweismitteln, die ja neben den libri antiqui aus-

---

[36]) S. Tancredus l. c. p. III. tit. 13. § 2. Ebenſo die von Wunderlich edirte, irrtümlich dem Joann. Andreae zugeſchriebene (ſ. dießf. Rockinger über einen ordo jud. etc. München 1855, Muther z. Geſch. der Rechtswiſſ. u. Univ. in Dtſchld. Jena 1876 S. 179 u. ff., Bethmann-Hollweg der Civilproc. in geſch Entw. Bd. 6. S. 144 u. ff.) summula de proc. jud. cap. 10. § 2 u. ff; Durantis l. c. lib. II. p. II. de fide instrum. § 7. Nr. 2. der zu Tancred's Definition: . . „quod habet subscriptionem trium viventium testium“ hinzuſetzt: „quod hab. subscr. trium, vel secundum canones duorum viventium testium;“ Mascardus l. c. quaest. 6. Nr. 29. 30: Devoti institut. canon. lib. III. tit. 9. § 22; Endemann Beweislehre § 67; Martin l. c. § 205. Dagegen Sönner l. c. II. S. 462; Schmid Handbuch II. S. 270 bis 272; Bayer l. c. S. 866 u. ff; Langenbeck l. c. S. 633; Endemann Beweislehre § 73.

[37]) Tancredus l. c. Durantis l. c. Mascardus Vol. I. concl. 111. Nr. 9. 10. Spangenberg im Archiv für civil. Praxis. Bd. 2. S. 87 u. ff. Endemann Beweislehre § 67. Dagegen Schneider l. c. § 225; Schmid l. c. II. §. 143. Note 22. Bayer l. c. S. 835; Langenbeck l. c. S. 628 u. ff, beſ. S. 632. Note a; Wetzell l. c. S. 209; Endemann Beweislehre § 76.

[38]) Mascardus l. c. Vol. I. concl. 105. Nr. 7. 8. concl. 111 Nr. 8; Reiffenſtuel l. c. II. 22. § 1—5; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 22. § 1. 2. Strippelmann Urkundenbew. S. 365; Spangenberg im civil. Arch. Bd. 2. S. 96 u. ff; Schneider l. c. § 305 u. ff; Schmid l. c. II. § 145. Dagegen Wetzell l. c. S. 209. Note 68; Langenbeck l. c. S. 668. Note a; Endemann Beweislehre § 77 u. Civilproc. § 195. III.

drücklich auch hervorgehoben werden und auf welche sich daher der vermeintliche Vorzug doch auch erstrecken müßte, durch das Alter eine höhere Beweiskraft gesichert werde, ist damit keineswegs gesagt. Obgleich nun die der öffentlichen Urkunde dieser Art zukommende Beweiskraft eine vollständige ist, so geht dieselbe doch nicht so weit, daß der Gegenbeweis in welcher Richtung immer ausgeschlossen oder nur ein Beweis von besonderer, überwiegender Kraft dagegen zulässig wäre, wie gleichfalls und besonders mit Berufung auf das canonische Recht (c. 10. X. h. t. 2. 22.), wenngleich unter verschiedenen Modificationen behauptet wurde[39]). Denn die Möglichkeit, daß durch eine vollkommen vorschriftsmäßig ausgefertigte öffentliche Urkunde selbst etwas ganz Unrichtiges, sei es durch dolosen Amtsmißbrauch oder nur durch Nachlässigkeit bezeugt werde, ist doch gewiß nicht in Abrede zu stellen und warum, wenn im concreten Falle wirklich dieses (also nicht bloß eine Unvollständigkeit, Verfälschung oder ein formelles Gebrechen der öffentl. Urkunde, sondern eine „directe Unrichtigkeit ihres Inhaltes") bewiesen werden könnte, dieser Beweis ausgeschlossen sein sollte, dafür läßt sich doch bei allem Respecte vor dem amtlichen Charakter eines Protocolles oder öffentlichen Zeugnisses weder aus der Natur der Sache ein Grund auffinden, noch irgend eine positive gesetzliche Bestimmung anführen. Allerdings wurde der in c. 10. X. h. t. (2. 22.) erwähnte Gegenbeweis gegen das **instrumentum publicum**, für dessen allgemeine Zulässigkeit auch c. 7. X. de prob. (2. 19.) u. c. 28. X. de test (2. 20.) sprechen, durch „quatuor testes" geliefert, allein es liegt weder in der Darstellung des Rechtsfalles, noch in der Entscheidung dieser Stelle irgend eine Andeutung, daß dieser Gegenbeweis nur deßhalb als stichhältig anerkannt und ihm gemäß geurteilt wurde, weil er durch eine größere, als die gewönlich zur Herstellung eines vollen Beweises erforderliche Zeugenzal erbracht wurde (also ein „überwiegender", mehr als voller Beweis war), sowie ja überhaupt das canonische Recht durchaus nicht von der Auffassung geleitet ist, als werde durch drei oder vier Zeugen immer ein stärkerer Beweis erbracht, als durch zwei[40]).

---

[39]) Pillius ord. jud. bei Bergmann l. c. p. III. §. 14; Tancredus ordo jud. ibid. p. III. tit. 13. § 6; Durantis l. c. lib. II. p. II. de fide instr. § 8. Nr. 15; Glück Commentar. Bd. 6. S. 458 u. ff; Wetzell l. c. S. 885, doch mit Verwerfung der Berufung auf c. 10. X. h. t. (2. 22.).

[40]) S. Claproth Einleitg. in den ordtl. Proc. 4. Aufl. Göttingen. 1816. 1817. I. § 49. Z. 22. Gensler im civil. Arch. Bd. 4. S. 284 u. ff; Langenbeck l. c. S. 664 u. ff; Linde l. c. § 84. Bayer l. c. S. 397 u. die da Citirten lassen nur den Beweis der absoluten Unrichtigkeit nicht zu; Renaud l. c. S. 337 erklärt denselben zwar für statthaft, jedoch „nur durch ein öffentliches Instrument." Vgl. auch Endemann Beweislehre § 86. 87. Baehr l. c. S. 54 sagt freilich, daß „ohne den Grundsatz, daß nur ein überwiegender (mehr als gewönlicher) Beweis jenes Zeugniß (des öffentl. Beamten) widerlegen könne, das so wichtige Beweismittel der öffentlichen Urkunden ernstlich gefährdet sein würde; allein zur Beseitigung dieser Gefahr kann nur die durch die Umstände hier von selbst gebotene vorsichtige und strenge Würdigung des Gegenbeweises, nicht aber die Forderung eines mehr als gewönlichen Beweises als Gegenbeweis dienen.

Die in einer Privaturkunde, d. i. jeder Urkunde, welche nicht unter den Begriff der öffentlichen fällt, enthaltene Aussage besitzt zwar entweder den Charakter eines Zeugnisses oder den eines Sachverständigengutachtens und kann daher an sich betrachtet, wenn sie das zu beweisende Factum betrifft, auch die diesen zukommenden Beweisgründe involviren; allein der Form, in welcher die Aussage hier in der Urkunde vorliegt, fehlen alle diejenigen Erfordernisse, welche rücksichtlich der Art der Aussage zur Beweiskraft des Zeugnisses ebenso, wie des Gutachtens Sachverständiger notwendig sind (oben Cap. 2. Z. 2. u. Cap. 3. Z. 2.), und deßhalb hat sie auch als solche weder in dem einen, noch in dem anderen Falle Beweiskraft[41]). Dagegen können solche Urkunden allerdings im Indicienbeweise und dort, wo es sich zur Beweiswirkung um bloße, im canonischen Rechte sehr häufig (z. B. c. 13. X. de prob. 2. 19., c. 3. X. de success. ab intest. 3. 27. u. a. m.) betonte „adminicula" handelt, Verwendung finden[42]). Ist die beweisführende Proceßpartei, zu deren Gunsten das Zeugniß lautet, selbst der Aussteller der Urkunde, so kommt noch der materielle Grund hinzu, daß Niemand in eigener Sache Zeuge sein kann (oben Cap. 2. Z. 1. c. d.), und insofern markirt allerdings der Satz: „scriptura privata pro scribente ail probat" nicht bloß den Gegensatz zu der unter c.) zu erörternden Beweiswirkung, sondern auch ein den Mangel der Beweiskraft bei der Privaturkunde noch besonders begründendes Verhältniß. Von dem erwähnten Grundsatze besteht zwar eine schon von Durantis l. c. lib. II. p. II. de instrum. edit. § 7. Nr. 5 erwähnte, durch die neuere Gesetzgebung insbesondere ausgebildete wichtige Ausname zu Gunsten der Handelsbücher der Kaufleute, teilweise auch der Bücher der Handwerker; allein sie beruht auf gewohnheitsrechtlicher Bildung und hat im canonischen Rechte nicht ihre Basis[43]). Eine weitere auf Grund von l. 26. § 2. D. depos. vel contra. (16. 3.). nov. 49. c. 2, Auth. „Ad haec" ad l. 20. C. de fide instr. (4. 21.) angenommene Ausname aber, welche dahin geht, daß eine solche Urkunde, wenn sie der Gegner des Ausstellers selbst producirt, in Folge der darin gelegenen Anerkennung ihres gesammten Inhaltes Beweiskraft erlange, hat gar keine Berechtigung; denn die angeführten Gesetzesstellen berühren nur die Echtheitsfrage und daß insbesondere c. 19. X. de cens. (3. 39.) für eine solche Ausname Nichts ergibt, dafür bedarf es wol nur eines Hinweises auf den Wortlaut desselben[44]).

---

[41]) l. 3. § 3. D. de test. (22. 5.); l. 9. C. de test. (4. 20.) in c. 3. § 37, 38. C. 4. q. 2 u. 3.

[42]) Vgl. auch c. 26. § 2. D. depos. vel contra. (16. 3.); l. 16. 29. D. de probat. (22. 3.); l. 5. 6. C. de prob. (4. 19.). Hieher gehört wol auch der Gerichtsgebrauch, nach welchem Notizen verstorbener Eltern über Alter und Conferenda ihrer Kinder einen halben Beweis liefern: S. Langenbeck l. c. S. 669. Note a; Renaud l. c. § 119.

[43]) Wetzell l. c. S. 197 u. ff. u. die da Note 10a Citirten; Renaud l. c. S. 239 u. ff; Langenbeck l. c. S. 671 u. ff.

[44]) Vgl. Linde in der Zeitschr. f. Civil-R. u. Proc. Bd. VI. S. 387; Schmid l. c. § 127. § 148. Note 36; Bayer l. c. S. 841; Langenbeck l. c. S. 683. 684; Renaud l. c. S. 339. Note 10.

c) Enthält endlich die Urkunde ein Geständniß der Proceßpartei, resp. im Strafproceſſe des Beſchuldigten, ſo fallen die den Inhalt betreffenden Erforderniſſe ihrer Beweiskraft vollſtändig zuſammen mit den des außergerichtlichen Geſtändniſſes; denn wenn der Inhalt der Urkunde überhaupt dem Begriffe des Geſtändniſſes vollkommen entſpricht, ſo kann dasſelbe immer nur ein außergerichtliches ſein und die Wirkung desſelben für den Beweis iſt im Weſentlichen die gleiche, ob es mündlich oder ſchriftlich abgelegt wurde[45]). Der Unterſchied zwiſchen öffentlicher und Privaturkunde iſt hier wieder ohne Belang, weil die öffentliche Urkunde dann, wenn ſie nur über ein vor der öffentlichen Behörde abgelegtes Geſtändniß errichtet wurde, gar nicht hieher gehört, ſondern als eigentliche Zeugnißurkunde unter b) fällt, dann aber, wenn ſie wirklich Geſtändnißurkunde, alſo die öffentliche Behörde, reſp. ein mit derſelben zu identificirendes Organ (z. B. der Vertreter des Fiscus) Proceßpartei iſt, ſchon wegen der Gleichheit der Parteien im Proceſſe vor der Privaturkunde Nichts voraushaben kann[46]). Demnach kann aber auch ſolche Urkunde ebenſo wie das Geſtändniß nur gegen den Ausſteller, reſp. Geſtehenden und diejenigen Perſonen, die deſſen Dispoſitionen anzuerkennen verbunden ſind, (contra scribentem) beweiſen. Nur in zwei Richtungen hat die Geſtändnißurkunde in der Beweiswirkung einen weſentlichen Vorzug vor dem mündlichen außergerichtlichen Geſtändniſſe, einmal dadurch, daß es bei der Urkunde einer beſonderen Beweisführung darüber, daß das Geſtändniß abgegeben wurde, nicht bedarf, weil dieſe Beweisführung ſchon in der Vorlage der Urkunde (Augenſchein) liegt und ſodann dadurch, daß die ſchriftliche Abfaſſung des Geſtändniſſes und die Uebergabe der dasſelbe enthaltenden Urkunde an denjenigen, zu deſſen Gunſten es lautet, für die Conſtatirung des zur Beweiskraft erforderlichen animus conſitendi dem dazu berufenen richterlichen Ermeſſen, wenngleich nicht ohneweiters und ausſchließlich maßgebende, ſo doch ſehr natürliche und gewichtige Gründe liefert[47]). Im Strafproceſſe hat das außergerichtliche Geſtändniß die Beweiskraft, wie im Civilproceſſe nicht und es kann daher auch der Geſtändnißurkunde keine größere Wirkung, als die eines Indiciums zukommen[48]).

Daß die Urkunde einen Inhalt böte, welcher unter gar keine der angeführten Categorien gehörte, iſt meines Erachtens nicht denkbar, wol aber iſt es nicht bloß denkbar, ſondern kann ſehr leicht vorkommen, daß die Urkunde einen aus dieſen verſchiedenen Categorien vermiſchten Inhalt hat. Alsdann iſt es allerdings das Richtige, die verſchiedenartigen Teile des Inhaltes zu ſondern

[45]) S. I. Teil. S. 88. 89.

[46]) Vgl. Bayer l. c. S. 842. 843; Renaud l. c. § 120, welcher geradezu bemerkt, eine Geſtändnißurkunde ſei „ſelbſt dann eine Privaturkunde, wenn ſie von einer öffentlichen Behörde ausgeſtellt iſt, welche darin amtlich eine ihr nachteilige Thatſache bezeugt. S. dazu auch Heusler l. c. S. 293 u. ff., der freilich von ganz anderen Geſichtspunkten ausgeht.

[47]) l. 25. § 4. D. de prob. (22. 3.); l. 18. C. de non num. pec. (4. 30.); c. 14. X. de fide instr. (2. 22.).

[48]) S. I. Teil. S. 97; Mittermaier Beweisl. S. 400; Planck l. c. § 133 i. f.

und jeden derſelben nach dem ihm zukommenden Charakter zu beurteilen, ſo daß die Urkunde für den einen Teil ihres Inhaltes vollbeweiſend ſein kann, während ſie für den andern Teil jedweder Beweiskraft entbehrt. Nur iſt dabei nicht zu überſehen, daß durch eine ſolche Trennung des ganzen Inhaltes der Sinn jedes einzelnen Teiles leicht weſentlich alterirt werden kann und daß daher für den einzelnen Beſtandteil nur der Sinn maßgebend ſein darf, der ihm nach dem Zuſammenhange der ganzen Urkunde zukommt, nicht derjenige, der ſich ergibt, wenn man ihn aus dieſem Zuſammenhange herausgeriſſen für ſich allein betrachtet und der möglicherweiſe von erſterem ſehr verſchieden iſt[49]).

Was in der Urkunde nicht enthalten iſt, zu deſſen Beweiſe kann ſie auch nicht dienen. Das ſcheint doch ein ſo ſelbſtverſtändlicher Satz, daß es ſonderbar erſcheinen mag, denſelben auch nur beſonders anzuführen und doch kommt es in der That auf nichts Anderes hinaus, was über die in der Literatur[50]) viel und umſtändlich erörterte Frage nach der Beweiskraft des instrumentum referens sine relato und der ſog. cautio indiscreta zu ſagen iſt. Unter erſterem verſteht man eine ſolche Urkunde, welche auf eine andere Urkunde mit der zur Charakteriſirung derſelben erforderlichen Beſtimmtheit Bezug nimmt, ohne jedoch den vollen Inhalt derſelben, auf welchen es eben zum Zwecke des Beweiſes im concreten Falle ankäme, zu geben. Der Satz: „Referens sine relato nil probat.“ iſt entſchieden unrichtig[51]); denn der einer Urkunde nach der Natur ihres Inhaltes zukommenden Beweiskraft wird dadurch, daß ſie ſich auf eine andere bezieht, Nichts benommen, und wenn ſie gar nichts Anderes, als dieſe Bezugname enthielte, ſo erſcheint ſie für den Umſtand, daß die bezogen Urkunde exiſtirt oder doch exiſtirte, als Zeugnißurkunde und gebührt ihr daher die unter b) erörterte Beweiskraft, ja ſie könnte unter Umſtänden ſelbſt die Echtheit der bezogenen Urkunde demgemäß vollſtändig beweiſen. Das aber, was durch die bezogene Urkunde bewieſen werden könnte oder ſollte, kann ſie nicht beweiſen[52]), weil ſie eben den Inhalt derſelben nicht hat und die in der Bezugname enthaltenen Andeutungen desſelben ihn ſelbſtverſtändlich nicht erſetzen können; ja, ſelbſt wenn ſie den Inhalt der bezogenen Urkunde vollſtändig enthielte, ſo würde ſie ſich für dieſen Beweis nur als Abſchrift der bezogenen Urkunde darſtellen und

---

[49]) Vgl. Bayer l. c. § 254 und die da Citirten.

[50]) S. Mascardus l. c. Vol. II. concl. 925; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 14. X. h. t. n. 22.); J. H. Böhmer J. E. P. II. 22. § 10; Glück Comment. Bd. 21. S. 289 u. f.; Reinhardt l. c. § 175; Schmid l. c. II. § 145; Bratobevera l. c. Bd. IV. S. 77; Haimerl l. c. Bd. V. S. 40 u. f.; Bayer l. c. S. 715. 849; Danzenbeck l. c. S. 641 u. f.; Endemann Beweisl. § 80. u. Civilproc. § 196. B. Wetzell l. c. S. 221. Renaud l. c. §. 109—122; Baehr l. c. S. 45. 50. 51.

[51]) Derſelbe iſt auch in nov. 119 c. 8. u. Auth. „si quis“ ad l. 7. C. de edendo. (2. 1.) weſentlich nur darum zutreffend, weil keineswegs gegründet. S. Wetzell l. c. S. 221. Note 97.

[52]) Daß es auch auf den von Bayer l. c. S. 849 gemachten Unterſchied nicht ankommt, hat ſchon Renaud l. c. §. 122 hervorgehoben.

könnte auch nur als solche wirken. Soweit also der obige Satz begründet ist, sagt er nicht Anderes, als: Was die Urkunde nicht enthält, beweist sie auch nicht.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der cautio indiscreta, womit man eine Urkunde bezeichnet, welche das Geständniß einer Schuld ohne Angabe des rechtlichen Grundes derselben (causa debendi) enthält. Auch hier hat man mit Berufung auf l. 25. § 4. D. de probat. (22. 3.), l. 13. C. de non num. pec. (4. 30) und auf das aus ersterer Stelle offenbar entnommene c. 14. X. h. t. (2. 22) ziemlich allgemein behauptet, daß eine solche Urkunde wegen Mangelhaftigkeit des Inhaltes gar keine oder doch nur eine sehr geschwächte Beweiskraft habe. Vom processualischen Standpunkte, auf welchen es eben hier allein ankommt, ist auch dieß unrichtig. Das, was diese Urkunde wirklich enthält, beweist sie ganz wie jede andere Geständnißurkunde in der unter c) erörterten Weise; die bezogenen Bestimmungen des römischen und des canonischen Rechts enthalten nicht das Mindeste, das diese Beweiskraft irgendwie beeinträchtigen würde. Aber sie beweist natürlich auch nicht mehr, also namentlich auch nicht den Rechtsgrund, auf welchem die eingestandene Schuld beruht, weil sie diesen eben nicht enthält und ob nun dieser den Rechtsgrund der Schuld nicht umfassende Beweis zur Substantiirung des auf Zalung der Schuld erhobenen Anspruches hinreiche, das ist eine von der Frage nach der Beweiskraft dieser Urkunde wesentlich verschiedene Frage, welche nicht dem Proceßrechte, sondern dem materiellen Rechte angehört. Nur auf diese letztere beziehen sich die angeführten Gesetzesstellen und trotz derselben wird von der heutigen Doctrin die genannte Frage keineswegs mehr so allgemein, wie früher, verneint[53]).

2) In Ansehung der Form der Urkunde ist zur Beweiskraft derselben der Natur der Sache gemäß vor Allem erforderlich, daß diese äußere Form derart beschaffen sei, daß der wahre Inhalt der Urkunde, also dasjenige, was der Aussteller bei der Ausstellung wirklich erklärte oder mitteilte, mit Zuverlässigkeit daraus entnommen werden kann. Solche Formgebrechen also, welche dieß ganz ausschließen oder doch wesentlich beeinträchtigen, müssen daher, mögen sie sich nun an dem Materiale der Urkunde, an den Schriftzügen und deren Zusammenhange, an sonstigen Zeichen (Siegeln u. dgl.) oder woran immer ergeben, auch die Beweiskraft der Urkunde ganz ausschließen oder herabdrücken. Man pflegt diese Gebrechen, unter denen die auf eine Abänderung des ursprünglichen Inhaltes der Urkunde hinweisenden Correcturen, Radirungen, Ausstreichungen, Einschaltungen u. dgl. wegen ihrer oben bereits erörterten Bedeutung schon für die Echtheitsfrage besonders hervorzuheben sind, vitia visibilia zu nennen, weil sie eben in der Regel schon mit der Vorlage der Urkunde in die Augen springen, das canonische Recht führt wiederholt[54]) eine ganze Reihe sol-

[53]) S. darüber namentlich Windscheid Pandecten (2 Aufl.) II. § 412b., wo in den Noten 1. u. 2. weitere Literatur angegeben ist. Vgl. auch hier I. Teil. S. 89. Note 1.

[54]) c. 3. 6. X. h. t. (2. 22.); c. 7. X. de relig. dom. (3. 36.); c. 14. X. de privil. (5. 33.). Vgl. Tancredus l. c p. III. tit. 13. § 5; Gratia ord. jud. gleich-

cher beispielsweise an, bezeichnet die damit behaftete Urkunde als instrumentum „suspectum“, wodurch in ähnlicher Weise, wie bei der gleichen Bezeichnung der Zeugen die Beweiswirkung ausgedrückt wird und betrachtet die Beurteilung dessen, welcher Mangel dieser Art und in welchem Grade derselbe die Beweiskraft der Urkunde alterirt, ganz der Natur der Sache entsprechend als einen Gegenstand des richterlichen Ermessens. Dieß ist insbesondere in c. 3. X. h. t. (2. 22.) und c. 7. X. de relig. dom. (3. 36.) ziemlich klar ausgesprochen; wenn in letzterer Stelle aber gesagt wird: „Quia vero instrumentum praedictum .... ad faciendam super hoc fidem invalidum esse cognovimus. utpote propter praedicta de jure suspectum“ etc., so ist dieß keineswegs als eine allgemeine gesetzliche Bestimmung zu betrachten, daß jedes instrumentum, welches wegen eines solchen Formgebrechens „suspectum“ ist, der Beweiskraft ganz entbehre, sondern es ist darin nur gesagt, daß der Papst als Richter die fehlerhafte Urkunde in diesem concreten Falle als „ad faciendum super hoc fidem invalidum“ cognovit.

Außerdem aber sind zur Beweiskraft der Urkunden noch jene besonderen Erfordernisse notwendig, welche etwa durch positive Bestimmungen für die Form derselben festgestellt sind. Bezüglich der oben unter a) besprochenen Dispositivurkunden sind durch die Gesetzgebung, unter welche der betreffende Rechtsact oder amtliche Erlaß fällt, sehr häufig besondere Formen für die Giltigkeit dieses Rechtsactes resp. amtlichen Erlasses vorgeschrieben[55]); hier beweist die Urkunde, weil sie der bezügliche Rechtsact ist und da sie eben, wenn diese Formen fehlen, der Rechtsact nicht ist, so kann sie auch die oben erörterte Beweiskraft nicht haben. Diese Erfordernisse gehören nur mittelbar in das Proceßrecht, müssen also dem materiellen, resp. dem öffentlichen Rechte entnommen werden. Rücksichtlich der übrigen Urkunden muß zwischen öffentlichen und Privaturkunden unterschieden werden. Für die Form der ersteren gibt es in der Regel verschiedene, teils allgemeine, teils specielle, mehr oder weniger detaillirte Vorschriften; vom canonischen Rechte wird allgemein nur die Ausfertigung der Urkunde (wofür wol auch die bloße Unterschrift genügen kann) durch den beeideten Beamten, die Beidrückung des Amtssiegels und Angabe von Ort und Zeit der Ausstellung gefordert[56]). Ueber die Form der Privaturkunden aber enthält das canonische

falls bei Bergmann l. c. p. II. tit. 7; Durantis l. c. lib. II. p. II. de inst. edit. § 8. Nr. 1. 2; Mascardus l. c. Vol I. concl. 284. Nr. 2. 4; Vol. II. concl. 741 u. 919; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 3. X. h. t. Nr. 3. u. ff; Pretobevera l. c. S. 13 u. ff; Schmid l. c. II. § 145; Heusler l. c. S. 304.

[55]) z. B. bei Testamenten, Codicillen, Wechseln, öffentlichen Edicten u. dgl. Nach canon. Rechte gehören hieher die nach tit. de rescriptis X. (1. 3), in VI^to. (1. 3) u. in Clem. (1. 2.) zur Giltigkeit päpstlicher Rescripte erforderlichen Formen, da in solchen ein im Processe zu erweisender amtlicher Erlaß, z. B. Delegation u. dgl. leicht enthalten sein kann. S. darüber Schulte die Lehre v. d. Quellen des kathol. Kirchenrechts. § 16.

[56]) S. oben Note 30, dann c. 11. X. de probat. (2. 19.); c. 2. 6. 10. X. h. t. (2. 22.); c. 2. in VI^to. de off. ordin. (1. 16.).

Recht keine besonderen positiven Bestimmungen und kommen daher nur die erwähnten allgemeinen Erfordernisse in Betracht[57]).

In diesen die Form betreffenden Erfordernissen der Beweiskraft kommt die Selbstständigkeit des in der Urkunde liegenden Beweismittels zu deutlichem Ausdrucke.

Daß die hier erörterte Beweiskraft im Civil- und im Strafprocesse nur der Originalurkunde, nicht einer bloßen Abschrift zukommt, ergibt wol schon die einfache Erwägung, daß eben nur das Original nach dem oben angegebenen Begriffe oder, da sich der Errichtungsact auch mehrfach verkörpern läßt, eine Originalausfertigung die Urkunde selbst repräsentirt, die Abschrift oder Copie hingegen nur als eine Nachbildung, als ein Surrogat der Urkunde erscheint, welchem doch der Natur der Sache nach nicht ohneweiters die gleiche Wirkung zuerkannt werden kann. Dieß ist auch im canonischen Rechte durch c. 1. X. h. t. 2. 22.: „Si scripturam authenticam non videmus, ad exemplaria nihil facere possumus" bestimmt ausgesprochen. Zwar ist dieser Sinn von c. 1. X. cit. durch Bestreitung der Lesart: „ad exemplaria" in Abrede gestellt und sind auf die Meinung, es müsse richtig: „aut exemplaria" heißen, dem entgegengesetzte Ansichten gegründet worden[58]); allein gegenwärtig ist insbesondere nach der gründlichen Untersuchung Zoepfl's im civilist. Archiv Bd. 42. S. 386 u. ff. die volle Richtigkeit der Lesart: „ad exemplaria" festgestellt[59]) und damit diese ganze Frage als abgethan zu betrachten. Es gibt aber allerdings Gründe, welche namentlich im Civilprocesse die Abschrift in der Beweiswirkung dem Originale nahebringen, ja selbst ganz gleichstellen. Solche Gründe liegen vor bei den vidimirten (fidemirten, beglaubigten), d. h. solchen Abschriften, welche die von der dazu competenten öffentlichen Behörde oder Person ausgestellte Bestätigung ihrer vollen Uebereinstimmung mit dem Originale an sich tragen. Hier liegt in der Abschrift zugleich das Original einer öffentlichen Zeugnißurkunde, welche vollen Beweis darüber erbringt, daß die Abschrift mit dem Originale vollkommen gleichlautend ist und dieser Umstand stellt wenigstens in der einen Richtung, was nemlich Inhalt und Form[60]) der Urkunde, soweit letztere für die Beweiskraft in Frage kommt, betrifft, die Identität zwi-

---

[57]) Vgl. Bayer l. c. S. 850; Langenbeck l. c. S. 685 u. ff; Wetzell l. c. S. 209. 212.

[58]) S. Spangenberg im civilist. Arch. Bd. 2. S. 102 u. ff; Linde l. c. § 275. Note 5; Schmid l. c. II. § 144.

[59]) Vgl. auch Roßhirt canon. Recht. (Schaffhausen 1857.). S. 22. 602; Wetzele l. c. S. 220. Note 95; Langenbeck l. c. S. 636.

[60]) Die in der Vidimirung enthaltene Bestätigung bezieht sich allerdings vorzugsweise auf den Inhalt der Urkunde, allein es ist wol ganz zweifellos, daß sie sich auch insoweit wenigstens auf die Form zu erstrecken hat, als sie alle auf die Beweiskraft Einfluß nehmenden, bei der Vergleichung mit der Originalurkunde wahrgenommenen Mängel zu bemerken hätte.

schen Abschrift und Original her. Nur rücksichtlich der Echtheitsfrage fehlt diese Gleichstellung und daraus folgt einerseits, daß, wenn es sich um eine solche Abschrift von einer Privaturkunde handelt, dieselbe immerhin eine, aber, abgesehen von der ausdrücklichen Anerkennung der Echtheit durch die gegnerische Proceßpartei, nicht ohneweiters die dem Originale zukommende Beweiswirkung haben kann, wenn es sich dagegen um eine solche Abschrift von öffentlichen Urkunden handelt, derselben die gleiche Beweiskraft, wie dem Originale deßhalb zukommen *kann*, weil hier die in der Vidimirung liegende Bestätigung nach der oben angeführten Regel auch die Echtheit umfaßt[61]). Ob das Letztere im concreten Falle zutrifft und welcher Grad von Beweiskraft der vidimirten Abschrift einer Privaturkunde ungeachtet der von derselben nicht berührten Echtheitsfrage beizumessen sei, das kann nicht a priori festgestellt, sondern nur durch das auf die Würdigung der Umstände des concreten Falles gestützte Ermessen des Richters bestimmt werden. Zum größten Teile stimmt hiemit auch das canonische Recht überein. Das c. 1. X. h. t cit. steht dem nicht entgegen, denn daß dasselbe nicht als die allgemeine Norm aufzufassen ist, nach welcher gar keiner Abschrift irgendwelche Beweiswirkung zuerkannt werden kann, ist durch c. 16. X. h. t. (2. 22.), wornach gerade gewissen Abschriften ohneweiters eine der Beweiskraft der Originalien vollkommen gleiche Wirkung beigelegt ist, wol auf das Eclatanteste bewiesen. Die erstere Stelle spricht eben nur von *einfachen* Abschriften und darnach steht auch c. 16. X. cit. damit keineswegs im Widerspruche. Wenn nun auch das canon. Recht nirgends dem Gesagten gemäß ausdrücklich verordnet, daß beglaubigte Abschriften eine nach Ermessen des Richters zu bestimmende Beweiskraft haben, welche insbesondere bei solchen Abschriften öffentlicher Urkunden der des Originals ganz gleichkommen kann, so betont es doch für die Würdigung des Beweises im Processe allgemein und stets das arbitrium judicis und dieses wird sich den genannten, aus dem Charakter der öffentlichen Beglaubigung entwickelten Gründen der Natur der Sache nach gewiß nicht entziehen können[62]). Nur in einer Richtung geht das canonische Recht über die Grenzen des Gesagten noch hinaus, indem es eben in c. 16. X. cit. denjenigen Abschriften, welche über ein von der Partei auf Grund einer **justa causa** gestelltes Ansuchen an den Richter unter dessen Intervention sind ausgefertigt und beglaubigt worden, ohne Unterscheidung, ob das Original eine

---

[61]) Die Vidimirung enthält nemlich hier doch auch die Bestätigung der vorschriftsmäßigen Abfassung des vorgelegten und verglichenen Originals; auf dieser beruht aber die Regel, daß öffentliche Urkunden eines besonderen Beweises der Echtheit nicht bedürfen, daher kann diese Regel allerdings auch für die vidimirte Abschrift Anwendung finden. Vgl. Gönner l. c. II. S. 469; Bayer l. c. S. 852; Langenbeck l. c. S. 636 u. ff. Ueber die verschiedenen Ansichten bes. Spangenberg l. c.; Schmid l. c. (Note 58.) u. Renaud l. c. §. 128.

[62]) Ueber die ältere Theorie s. Tancredus l. c. p. III. tit. 19. § 2: Durantis l. c §. 3. 4; Mascardus l. c. Vol. II. concl. 712. 713. 929.

öffentliche oder eine Privaturkunde ist, die volle Beweiskraft des Originals beilegt. Daß diese Stelle nur im Zusammenhange mit c. 4. X. de confirm. ut. vel inut. (2. 30.) aufzufassen und auf die nach Art der probatio ad perpetuam rei memoriam zu erfolgende Innovation der Urkunde zu beschränken sei, scheint mir durch den Passus: „Si instrumenta propter vetustatem vel propter aliam justam causam exemplari petantur“ entschieden widerlegt zu sein, wol aber ist meines Erachtens durch den Passus: „Qui (judex) si ea diligenter inspecta in nulla sui parte vitiata repererit“ gefordert, daß sich der Richter aus der Beschaffenheit des vorgelegten Originals wenigstens von dem Abhandensein jedwedes die Echtheit desselben in Zweifel stellenden Momentes überzeugen konnte und überzeugt hat, weil ohne dieses die angeordnete Intervention des Richters nicht zu dem Resultate gelangen kann, daß die Originalien „in nulla sui parte vitiata“ seien[62]).

5. Capitel.

Der Eid*).

Soweit der Eid im Processe, u. z. als ein Beweismittel im Processe in Betracht kommt, erscheint derselbe als die von der Proceßpartei selbst unter Berufung auf Gott abgegebene feierliche Erklärung über das zu beweisende Factum. Derart feierliche Betheuerungen, welche das canon. Recht im Allgemeinen als eine Art äußerer Gottesverehrung, gottesdienstlicher Handlung auffaßt[1]), kamen allerdings und kommen heutzutage noch bei allen Culturvölkern im staatlichen, wie im kirchlichen Leben auch außerhalb des Processes in sehr mannigfachen Richtungen (z. B. Amtseid, Vergleichseid, das alte juramentum fidelitatis u. dgl.) zur Anwendung und selbst in ihrer processualischen Verwendung dienen sie nicht

---

[62]) Vgl. jedoch darüber und über das erst durch die Praxis gebildete sog. Exemplificationsverfahren: Gonzalez Tellez Comment. ad c. 16. X. cit; J. H. Böhmer l. c. II. 22. § 5. 6; Schmid l. c. II. § 144; Bayer l. c. S. 852. 784. 785; Langenbeck l. c. S. 638. 910 u. ff; Wetzell l. c. S. 221. Note 98b.; Renaud l. c. § 123.

*) S. die Quellen- und Literaturangaben bei Osterloh l. c. II. § 257. Note 1. Dazu: Pratobevera Materialien. Bd. 5. S. 134 u. ff; Haimerl Magazin. Bd. 11. S. 1 u. ff; Endemann Beweislehre S. 438 u. ff; Civilproceß § 200—208; Langenbeck l. c. S. 728 u. ff; S. 882 u. ff; Wetzell l. c. S. 224 u. ff; Renaud l. c. § 127—143; Mittermaier Beweislehre § 66—69 u. Strafverf. II. § 184 u. ff; Zachariae l. c. II. § 149. Bezügl. des canon. Rechts insbes. Devoti instit. can. lib. III. tit. 9. § 23 u. ff; Bouix tract. de judic. I. p. 332 et seq; Eichhorn Erörs. des KR. II. Buch 5. Abschn. 4. Cap. 2; Richter-Dove Lehrb. des KR. (6. Aufl.) § 288; Walter Lehrb. des KR. (13. Aufl.) § 353 u. ff; Phillips Lehrb. des KR. II. § 310; Roßhirt canon. Recht (Schaffhausen 1857.) S. 566 u. ff; 605 u. ff; Hinschius: Beiträge z. Lehre v. d. Eidesdelation (Berlin 1860).

[1]) Vgl. Phillips l. c. II. S. 1169; Walter l. c. § 353.

bloß dem Beweise, sondern, wie z. B. der Calumnieneid, der Reinigungseid im Strafverfahren, auch anderen processualischen Zwecken[2]). Doch hier handelt es sich nur um die Beweisfunction des Eides, u. z., da von der Betheiligung desselben an der Beweiswirkung anderer Beweismittel schon früher die Rede war, auch nur in der beschränkten Richtung, ob und wieferne demselben eine selbstständige Beweiswirkung zukomme und deßhalb war auch die Begriffsbestimmung hierauf zu beschränken.

Obgleich nun diese im Eide liegende Bekräftigung im Wesentlichen eigentlich auf ein Selbstzeugniß der Proceßpartei hinausläuft, so involvirt sie doch Momente, welche ihr in jedem Falle einen Wert für die Ueberzeugungsbildung des Richters von der Wahrheit des so Bekräftigten verleihen. Diese Momente liegen zunächst in der Art und Natur der Bekräftigung. Wer dasjenige, was er über einen Thatumstand behauptet oder erklärt, unter feierlicher Berufung auf Gott hinstellt, der documentirt damit, mag er nun welchem Religionsbekenntnisse immer angehören, das wenigstens in diesem Momente bei ihm vorhandene Bewußtsein seiner Verpflichtung, nur die Wahrheit zu erklären, in so eclatanter Weise, daß der Eindruck dessen auf die Ueberzeugung eines Dritten von der Wahrheit des so Erklärten schon an sich als ein durchaus naturgemäßer und berechtigter erkannt werden muß. Der Schwörende stellt damit in feierlicher Weise seine Behauptung oder Erklärung unter das absolute religiöse Wahrhaftigkeitsgebot, er ruft nicht bloß sein eigenes, sondern auch das sittliche, religiöse Gefühl derer wach, um deren Ueberzeugung es sich eben handelt und indem er so seine Aussage selbst mit den höchsten Idealen in Verbindung bringt, darf er auch erwarten, daß dieses Verbinden in der Vorstellung Anderer nicht unbeachtet bleiben wird[3]). Daß insbesondere das canonische Recht an der ernstesten Auffassung des Eides festhält und jedweden leichtfertigen Gebrauch desselben perhorrescirt[4]), ist sehr erklärlich und in C. 22. q. 1—5, c. 26. X. de jurejur. (2. 24.) u. a. O. mit aller Bestimmtheit ausgesprochen; wenn aber der Eid aus triftigem Grunde

---

[2]) Ueber die Verwendung des Eides speciell im röm. Rechte als cautio juratoria zur Sicherung von Rechten, als juram. voluntarium zur außergerichtl. Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten und als juram. in jure delatum zur unmittelbaren Feststellung des Rechtsverhältnisses ohne judicium s. Savigny System § 309 u. ff; Zimmern röm. Civilproc. § 127; Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II. S. 572 u. ff; III. S. 287 u. ff; Arndts Pand. (7. Aufl.) § 93. 115. 269; Windscheid Pand. I. § 83a. 133; Endemann Civilproc. § 200; Langenbeck l. c. S. 735 u. ff; Kiesselbach: „Beitrag z. Lehre vom römischen Eide nach den Fragmenten in den Pandekten" in Jhering's Jahrbüchern Bd. IV. S. 321 u. ff.

[3]) John in Holtzendorff's Encyclopädie der Rechtswissenschaft (Leipzig 1870.) I. S. 612 nennt dieß geradezu „ein Recht auf Wahrheit."

[4]) Ueber das vermeintliche Verbot des Schwörens nach christlicher Lehre u. canon. Recht s. J. H. Böhmer J. E. P. II. 24. § 15 u. ff; Eichhorn l. c. II. S. 529. 530. Müller Lexikon des Kirchenrechts, Art. Eid. II. S. 663 u. ff; Orelli Studien über den gerichtl. Eid. (Zürich 1858) S. 3 u. ff; Langenbeck l. c. S. 729—732.

— und als solcher ist die vom Richter im Processe erfolgte Zulassung oder Auferlegung desselben zweifellos angesehen[5]) — angewendet wird, dann liegt darnach auch das Vertrauen, u. z. nicht bloß ein teilweises, bloß zur Ergänzung dienendes, sondern das volle, ungeteilte Vertrauen auf die Wahrheit des Beschworenen geradezu in der Consequenz dieser Auffassung. Wol steht dem hier betonten Ueberzeugungsgrunde einerseits die Thatsache entgegen, daß es sich im Processe ja immer um das unter Umständen höchst bedeutende materielle Interesse der schwörenden Partei selbst handelt, gegenüber welchem jenes ideale Interesse, das dieselbe durch Beschwörung der Unwahrheit auf's Spiel setzt, nur zu leicht ganz machtlos sein kann, andererseits kämpft dagegen die Erwägung, daß das ganze Wesen dieses Beweismomentes im concreten Falle doch nur von der Geistes- und Gemütsbeschaffenheit der schwörenden Persönlichkeit abhängt, und es ist gewiß nicht in Abrede zu stellen, daß dieß den erwähnten Ueberzeugungsgrund in einem sehr bedenklichen Grade erschüttert[6]). Allein daraus gänzliche Verwerfung der Beweiswirkung im Processe zu folgern, dürfte doch selbst bei stark materialistisch gefärbtem Zeitgeiste kaum notwendig oder auch nur zulässig sein[7]); das canon. Recht wenigstens ist so weit nicht gegangen, ohne deßhalb die genannten Erwägungen und Bedenken unberücksichtigt zu lassen. Es hat vielmehr dem natürlichen Gewichte derselben volle Rechnung getragen einmal in der allgemeinen Forderung vorsichtiger und wol überlegter Verwendung des Eides überhaupt[8]) und insbesondere dadurch, daß es, wie sich noch später ergeben wird, die Beweiswirkung des Eides dort, wo diese Bedenken am Mächtigsten hervortreten, nemlich in den Hauptfragen des Verfahrens in kirchlich spirituellen Angelegenheiten und im Strafverfahren in der That gar nicht anerkennt. Sodann aber und vornemlich dadurch, daß es die beweisende Kraft des Eides der

[5]) c. 2. X. de probat. (2. 19.); c. 36. X. h. t. (de jurejur. 2. 24.).

[6]) Ueber die vom philosophischen Standpunkte erhobenen Einwendungen vgl. Langenbeck l. c. S. 732—735, Orelli l. c. S. 9 u. ff; über die Einwendungen vom Standpunkte der Erfahrung: Bentham Theorie des gerichtl Bew. Aus dem Französ. des E. Dumont. (Berlin 1838.) S. 94 u. ff. dagegen Best englisches Beweisrecht, herausgeg. v. Marquardsen (Heidelberg 1851) § 49—52. Daher wird auch z. B. von Heusler l. c. S. 225 ein materieller Wert des Eides für den Beweis gar nicht anerkannt, derselbe „gibt nur der von dem Schwörenden ausgehenden Behauptung einer Thatsache eine die Ueberzeugung des Richters formell erzwingende Kraft."

[7]) Die vorzugsweise von Glaser: Ges. kleinere Schriften (Wien 1868) II. „Gegenwart und Zukunft des Haupteides." S. 408 u. ff. u. von v. Bar: Recht und Beweis im Civilproc. (Leipzig 1867.) S. 125—161 nach nordamerikan. und englischem Muster befürwortete, im österreich. Bagatellverfahren (Gesetz v. 27. April 1873 Nr. 66 R.-G.-Bl. § 53 u. ff; dazu Motive S. 37 u. ff.) und im neuesten Entwurfe einer C. P. O. (1876. § 411 u. ff., dazu Motive S. 11. u. 139.) anstatt der Parteieneide eingeführte eidliche Abhörung der Parteien als Zeugen in eigener Sache erscheint nicht als gänzliche Verwerfung jeglicher Ueberzeugungskraft eidlicher Betheuerung, sondern nur als Verwerfung der selbstständigen Beweiswirkung des Eides.

[8]) S. die can. in C. 22. q. 1—5; c. 26. X. h. t. (2. 24.); Hinschius l. c. S. 83 u. ff.

Partei im Processe überhaupt nur unter Umständen zuläßt, welche ein Hinausgehen über die erwähnten Bedenken besonders rechtfertigen und dadurch den hervorgehobenen Ueberzeugungsgrund mittelbar verstärken.

Diese Umstände ergeben sich aus der Art und Weise, wie der Eid im Processe zur Verwendung kommt. Der Eid findet nemlich im Processe einmal in der Art Verwendung, daß die beweispflichtige Proceßpartei selbst die Sache auf den Eid ihres Gegners, sei es über das streitige Recht, resp. Rechtsverhältniß im Ganzen, sei es über eine einzelne streitige Thatsache stellt. Es ist dieß die Eidesdelation, der zugeschobene Eid (Schiedseid oder Haupteid) und es fällt der Zusammenhang desselben mit dem außergerichtlichen Vergleichseide und speciell im römischen Rechte mit dem juramentum in jure delatum wol von selbst auf, wie sich denn auch thatsächlich im römischen Rechte diese Verwendungsart des Eides in judicio aus den genannten Formen entwickelt hat[9]). Wenn nun eine Thatsache auf diese Art dem Eide unterstellt wird, so ruft die Proceßpartei selbst, deren Interesse gerade auf die Constatirung dieser Thatsache angewiesen ist, den oben erörterten in der Natur des Eides liegenden Beweisgrund an und erklärt sich damit selbst einverstanden, daß demselben in dem concreten Falle ungeachtet der an sich allerdings möglichen Bedenken dagegen volle Rechnung getragen werde. In jeder ernsthaften Eidesdelation liegt diese Willensmanifestation, die Partei, welche dazu nicht entschlossen ist, kann den Eid nicht deferiren und man darf wol behaupten, daß das juramentum calumniae, welches der Delat nach röm. und canon. Rechte von dem Deferenten zu fordern berechtigt ist[10]), zur förmlichen Constatirung dieses Willens des Deferenten wesentlich mitdient. In Folge dessen trägt auch der über einzelne Thatsachen zugeschobene Eid, nicht bloß der auch nach canonischem Rechte zulässige Eid über das Rechtsverhältniß im Ganzen, immer noch einen Vergleichscharacter[11]) an sich und dadurch gewinnt der früher besprochene Beweisgrund eine erhebliche Verstärkung, indem hier ähnlich wie beim gerichtlichen Geständnisse Anerkennung der Wahrheit der Thatsache, wenn sie beschworen wird, von Seite der zunächst interessirten Partei

---

[9]) S. darüber insbes. Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 572 u. ff; III. S. 287 u. ff; Wetzell l. c. S. 254 u. ff; Endemann Beweisl. § 104 u. Civilproc. § 200.

[10]) l. 34. § 4; l. 37. D. de jurejur. (12. 2.); l. 11. § 1. D. rer. amot. (25. 2.); l. 9. C. de reb. cred. et jurejur. (4 1.). Vgl. Endemann Beweislehre. § 119. Bayer l. c. S. 903. Wetzell l. c. S. 256.

[11]) S. Schmid l. c. II. § 158; Haimerl l. c. S. 8; Endemann Beweisl. § 112 u. Civilproc. § 201. I; Langenbeck l. c. S. 743 u. ff; Bayer l. c. § 263 pr. Die Ansicht Osterloh's l. c. II. § 262 Note 4. welcher sich Schulte (Eheproc. Gießen 1858 S. 186 Note 1.) unter Aufgebung der früher (Eherecht. Gießen 1856 S. 456) festgehaltenen Meinung anschließt, weicht zwar ab, aber verwirft den Vergleichscharakter doch nicht gänzlich. Daß der Eidesantrag ausschließlich als Vergleichsmittel „zu betrachten", oder „die Beendigung einer Rechtssache durch Leistung eines angetragenen Eides" ausschließlich als Vergleich anzusehen sei, wird meines Wissens von Niemandem behauptet.

selbst vorliegt[12]). Die Wirkung dieser Anerkennung für den Beweis im Processe kann nun allerdings nur dort bestehen, wo es sich um Rechtsverhältnisse handelt, welche der Disposition der Parteien unterliegen, also im canon. Rechte, wie noch näher zu erörtern sein wird, weder im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten, noch im Strafverfahren[13]), und es ist allerdings richtig, daß, wie insbesondere Hinschius in der citirten Schrift (S. 109 u. ff.)[14]) zutreffend ausführt, im canon. Rechte auch bei den „übrigen zur Competenz der geistlichen Gerichte gehörigen Rechtsstreitigkeiten" von der Eidesdelation schon vermöge des dem canon. Rechte überhaupt innewohnenden Strebens nach „materieller Wahrheit" oder „Gerechtigkeit" nur ein verhältnißmäßig geringer Gebrauch gemacht werden konnte. Allein daß der zugeschobene Eid doch auch im canonischen Rechte, u. z. analog wie im römischen Rechte „als Mittel zur Aufklärung streitiger Thatsachen" überhaupt zulässig ist und in der That auch wirklich angewendet wurde, ist sowol durch die Quellen, wofür c. 36. pr. X. h. t. (2. 24.) allein schon ausreicht, als auch durch die Lehre der Processualisten[15]) und durch die Praxis der geistlichen Gerichte, für welche die hier in den Beilagen unter Nr. 63—67 angeführten Fälle deutliche Belege bieten, außer allen Zweifel gestellt und wenn sonach im canon. Processe die Eidesdelation wirklich angewendet wird, so hat die dem geleisteten Eide auch hier zuerkannte volle Beweis-

---

[12]) Schon Wetzell hat dieses Moment treffend hervorgehoben l. c. S. 258. 259. S. auch Pratobevera l. c. S. 175; Bayer l. c. § 262; Langenbeck l. c. S. 739. Noch weiter geht Bülow im civ. Arch. Bd. 62. S. 38: „Durch die Eideszuschiebung gibt die Partei die Feststellung einer ihr ungünstigen Urteilsgrundlage dem Gegner auf dessen Treue und Glauben hin preis." Dieser „erhält ein Wahrheitsentscheidungsrecht, wie es sonst nur dem Richter zusteht."

[13]) Der Grund ist im Wesentlichen der gleiche, wie der die Wirkung des Geständnisses in diesen beiden Verfahrensarten bestimmende, s. daher hier I. Teil. S. 96—99.

[14]) S. 22. u. m. a. Vgl. dazu Muther: Die Gewissensvertretung (Erlangen 1860.) S. 21. 22. 129. 138; Nissen: Die Gewissensvertretung (Leipzig. 1861.) S. 64 u. ff; Zimmermann: Der Glaubenseid (Marburg u. Leipz. 1868.) S. 238 u. ff. 334, wo durchwegs der Schwerpunkt darauf gelegt wird, daß durch das Institut der Positionen und Responsionen die practische Brauchbarkeit der Eidesdelation aufgehoben wurde und erst nach Beseitigung dieses Institutes die Anwendung des Schiedseides wieder Raum erhielt. Daß nun die practische Bedeutung des zugeschobenen Eides durch das genannte Institut sehr wesentlich reducirt wurde, ist vollkommen richtig, doch läßt sich deßhalb noch keineswegs sagen und wird auch von den cit. Autoren nicht gesagt, daß dadurch die Eidesdelation aus dem canon. Processe ganz verdrängt worden sei. Denn einmal ist hier das Positionalverfahren doch nicht geradezu obligatorisch und sodann ist immerhin für den Schiedseid auch neben dem Institute der Positionen noch insofern Raum, als, wie Nissen l. c. S. 64 schon betont, auch „über die Positionen, so lange sie bloß unter dem Schutz eines Calumnieneides stehen, ohne Anstoß nachträglich ein Haupteid deferirt werden konnte; denn beide Eide liegen auf völlig gesondertem Gebiet." Endemann Beweislehre § 108 u. Civilproc. § 200. II. B. i. f.

[15]) Die von Hinschius selbst l. c. S. 9—25 gelieferten Nachweise bieten hiefür Beleg genug. S. auch Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 9. Nr. 8 u. Vol. II. concl. 959; Muther l. c. S. 5 u. ff; Nissen l. c. S. 24 u. ff; Zimmermann l. c. S. 235 u. ff.

5*

wirkung an dem beſprochenen, auf dem Willen des Deferenten beruhenden Momente eine weſentliche Stütze.

Sodann wird der Eid im Proceſſe auch in der Art verwendet, daß der Richter denſelben nach ſeinem Ermeſſen heranzieht, wenn von der Partei bereits auf anderem Wege Gründe für ſeine Ueberzeugung von der Wahrheit einer zu beweiſenden Thatſache geliefert worden ſind, die jedoch zur erforderlichen Beweiswirkung nicht ausreichen. Dieß iſt der Erfüllungs- oder Ergänzungseid (**juramentum suppletorium**), ein ſog. notwendiger, weil von der Partei, welcher er aufgetragen wird, ohne Nachteil nicht zu vermeidender Eid, wie er ſchon im römiſchen Rechte ausgebildet, im canon. Rechte aufgenommen iſt[16]) und hier ergibt ſchon die Natur dieſes Eides, daß in den anderweitigen, bereits vorliegenden Beweismomenten Umſtände gegeben ſind, welche die Bedenken gegen die Beweiswirkung des Eides weſentlich herabdrücken und den oben hervorgehobenen, auf der Ueberzeugungskraft der eidlichen Betheuerung beruhenden Beweisgrund unterſtützen. Die genannten Beweismomente können durch alle anderen Beweismittel außer dem Eide geboten werden und haben daher in allen Rechtsſachen Geltung, in denen das Beweismittel, durch welches ſie geboten werden, überhaupt Anwendung findet. Im canoniſchen Rechte iſt es aber in dieſem zur Verwendung des Erfüllungseides geeigneten Falle dem Ermeſſen des Richters freigeſtellt, anſtatt der beweispflichtigen Partei den Erfüllungseid, der gegneriſchen Partei, gegen welche die erwähnte unvollſtändige Beweiswirkung vorliegt, den Eid in der dieſer Beweiswirkung entgegengeſetzten Richtung aufzuerlegen. Dieß iſt der Reinigungseid (**juramentum purgatorium**), den das canoniſche Recht aus dem deutſchen Gerichtsverfahren in ſehr ausgedehntem Umfange aufgenommen[17]) hat und deſſen Verwendung dasſelbe gegenüber dem Erfüllungseide entſchieden begünſtigt; denn wenn c. 36. § 1. X. cit. (2. 24.) beſtimmt: „**praesumptione vero faciente pro illo (actore), reo deferri potest ad ostendendam suam innocentiam juramentum, nisi judex inspectis personarum et causae circumstantiis**

---

[16]) l. 31. D. h. t. (12. 2.); l. 5. C. de reb. cred. (4. 1.); c. 36. § 1. X. h. t. (2. 24.). S. Zimmern röm. Civilproc. § 135; Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. II. S. 385; Endemann Beweisl. § 104. 106; Zimmermann Glaubenseid. § 9. 30; Wetzell l. c. S. 249; Roßhirt l. c. S. 607.

[17]) S. Planck Beweisurteil S. 46. Note 1; Endemann Beweisl. S. 457 u. Civilproc. § 204; Langenbeck l. c. S. 841; Mittermaier Beweisl. S. 461; Zachariae l. c. II. S. 455. Daß der Reinigungseid auch dem röm. Rechte bekannt ſei, iſt nicht nachweisbar. S. dieſſ. Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 585; Hefftter l. c. § 264, Renaud l. c. S. 408. Note 2; Niſſen Gewiſſensvertretung. S. 29: „Das röm. Recht kannte kein purgatorium; kam der Probat zum Eide, ſo war ſolcher Eid ein suppletorium. Von einer Entkräftung teilweiſen Beweiſes oder gar vom Losſchwören von den Wirkungen einer Präſumtion iſt im röm. R. keine Spur." Dagegen Wetzell l. c. S. 249; auch Rudorff röm. Rechtsgeſch. II. S. 255 lehrt: Eide können in judicio „auch vom judex als Erfüllungs- oder Reinigungseide aufgelegt werden" und Keller röm. Civilproc. (5. Aufl. von Wach. Leipz. 1876.). S. 315: Der Eid kann „von dem Richter ſuppletoriſch und purgatoriſch aufgelegt werden"

illud actori videat deferendum", so erscheint doch in dem gesetzten Falle der Gedanke an den Reinigungseid offenbar als der zunächst gestellte, principale und der Gebrauch des Erfüllungseides erst in zweite Linie gerückt. Allein diese Art der Verwendung des Eides im Processe läßt sich als eine zum Behufe der Beweiserbringung über eine streitige Thatsache gebrauchte im canon. Rechte in keinem Falle bezeichnen. Der Grundgedanke, auf welchem der Reinigungseid schon im deutschen Gerichtsverfahren beruht, ist ja nicht der, dem Richter damit rationelle Stützpunkte, logische Gründe für seine Ueberzeugung von der Wahrheit einer bestimmten Thatsache zu bieten, sondern der der Abwehr gegen einen Angriff, der Rechtfertigung gegen eine Beschuldigung[18]), höchstens der der formellen Beglaubigung einer Behauptung. Dieser im Bewußtsein des Volkes eingewurzelte Grundgedanke wurde auch bei der Aufname des Reinigungseides in das canon. Recht im Wesentlichen festgehalten; auch hier ist der Reinigungseid nicht als ein zur gerichtlichen Constatirung der Wahrheit eines Factums dienliches Mittel, sondern als ein dem Geiste des canon. Rechtes[19]) durchaus zusagendes Mittel zur feierlichen Betheuerung der Unschuld verwendet, welches demselben überall dort notwendig und zur Entkräftung der Beschuldigung auch ausreichend erscheint, wo der Verdacht einer Schuld vorliegt, welcher durch das ordnungsmäßige Verfahren zur Gewißheit des Beweises derselben nicht erhoben werden kann. Daher wurde derselbe denn auch im Gegensatze zu den eigentlichen Beweiseiden zunächst und vorzugsweise im Strafverfahren (als purgatio canonica u. z. ganz in der germanischen Gestalt mit Eidhelfern) verwendet[20]) und daß dieser Charakter des Reinigungseides auch bei der analogen Verwendung desselben im Verfahren außer Strafsachen hervortritt, ist durch c. 36. § 1. X. cit. (2. 24.) bestimmt bezeugt, indem auch hier der Eid, wenn er vom Richter dem Beklagten aufgetragen wird, bestimmt ist „ad ostendendam suam innocentiam." Von einer eigentlichen Beweiskraft des Reinigungseides kann sonach nicht die Rede sein; er hat wol eine negative, auch für die Beweisführung im Processe belangreiche, nemlich die Wirkung, einen vorliegenden Schuldverdacht, resp. eine vorliegende unzureichende Beweiswirkung zu entkräften, daß dieß aber von der Bedeutung eines positiven Beweisgrundes wesentlich verschieden ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.

---

[18]) S. Planck Beweisurteil S. 47. 48. 51. 62. 65. 67. 78. 172—175; Siegel Gesch. des deutschen Gerichtsverf. I. (Gießen 1857.) S. 176 u. ff; Bar das Beweisurteil des germ. Proc. (Hannover 1866) S. 15. 16. 41. 42. 47. 244; Franklin Reichshofgericht (Weimar 1869.) II. S. 247 u. ff; Biener Gesch. des Inquis. Proc. (Leipzig. 1827.) S. 22 u. ff; Langenbeck l. c. S. 841; Bethmann-Hollweg: Der Civilproc. des gem. R. in geschichtl. Entw. Bd. 4. (Bonn. 1868.). S. 28 u. ff.

[19]) Mit Recht macht Langenbeck l. c. auf das 4. Buch Mosis c. 5. v. 11—31 (in c. 21. C. II. q. 5.) aufmerksam.

[20]) Gratian ad c. 4. C. II. q. 5: „ad innocentiae suae assertionem." S. c. 5 bis 20. C. II. q. 5; c. 8. X. de cohabit. cler. (3. 2.); c. 10. 19. 21. X. de accus. (5. 1.); c. 2. X. de calumn. (5. 2.); c. 11. 13. X. de simon. (5. 3.); c. 3. X. de apost. (5. 9.); c. 14. X. de homic. (5. 12.); c. 1—16. X. de purgat. canon. (5. 34.).

Der Eid findet ferner im reinen Civilproceſſe wenigſtens in der Art Verwendung, daß der auf Leiſtung des Intereſſe klagenden Proceßpartei, welche nach den allgemeinen Grundſätzen über die Beweislaſt eben auch verpflichtet iſt, den Betrag desſelben, reſp. die Höhe ihres Anſpruchs zu beweiſen, unter beſtimmten Vorausſetzungen durch poſitive geſetzliche Beſtimmung geſtattet iſt, dieſen Beweis durch ihren eigenen Eid zu erbringen. Dieß iſt der Würderungs- oder Schätzungseid (juramentum in litem)[21], der durchaus römiſch-rechtlichen Urſprunges iſt und im canon. Rechte keine beſondere Behandlung erfährt. Auch hier tritt zu dem in der Natur der eidlichen Bekräftigung liegenden Beweisgrunde ein weiteres Moment in der Begünſtigung hinzu, welche das poſitive Geſetz durch dieſe Art der Eidesverwendung dem Verletzten gewährt. Nicht bloß deßhalb, weil die eidliche Betheuerung der Proceßpartei Glauben, ſondern auch in der Erwägung, daß wegen der erwähnten beſonderen Vorausſetzungen dieſes Falles der renitente oder doloſe Gegner der beweispflichtigen Partei für ſein Unrecht Strafe, dieſe aber Schutz verdient, wird hier ohne Rückſicht auf die der Beweiskraft des Eides ſonſt entgegenſtehenden Bedenken die Herſtellung des Beweiſes anerkannt. Ganz das Gleiche gilt auch von dem ſog. juramentum Zenonianum, welches das canon. Recht in c. 7. X. de his, quae vi. (1. 40.) aus dem römiſchen Rechte (l. 9. C. unde vi. 8. 4.) unverändert aufgenommen hat; denn dasſelbe iſt eben nichts Anderes, als ein für einen beſonders eclatanten Fall der Intereſſeforderung, wenn nemlich Jemand deßhalb auf Leiſtung des Intereſſe klagt, weil ihm bei gewaltſamer Beſitzentſetzung bewegliche Sachen abhanden gekommen ſind, — beſtimmtes, einerſeits (vermöge der erwähnten Vorausſetzung) etwas erweitertes, andererſeits durch Feſtſtellung eines Maximum von Seite des Richters zu beſchränkendes juramentum in litem.

Wol treten auch in dem aus l. 22. § 10. C. de jure delib. (6. 30.) entwickelten Offenbarungs- oder Manifeſtationseide und in dem ſog. juramentum quantitatis noch Formen der Eidesverwendung im Proceſſe hervor, welche ſich auf den Beweis des Beſtandes eines gewiſſen Vermögensinbegriffes, reſp. des Betrages einer rückſichtlich ihrer rechtlichen Exiſtenz vollkommen erwieſenen Forderung beziehen[22]). Allein der erſtere hat im Weſentlichen die Natur eines Reinigungseides, wie ihn ſchon die Gloſſe[23]) richtig charakteriſirte und kommt daher, ſo-

---

[21]) Vgl. Schmid l. c. II. § 170; Bayer l. c. § 273. 274; Endemann Beweisl. § 146—148 und Civ. Proc. § 205; Wetzell l. c. S. 265 u. ff; Renaud l. c. § 140. 141 und die da Citirten.

[22]) Vgl Schmid l. c. II. § 170. III. § 212; Bayer l. c. § 275. 276; Endemann Beweisl. §. 148 u. C. P. § 205. III. § 206; Pratobevera l. c. S. 226 u. ff; 251 u. ff; Wetzell l. c. S. 253. 267 u. ff; Renaud l. c. § 138 139 u. S. 410.

[23]) ad l. 31. D. de jurejur. (12. 2.) v. „exacto jurejur.“ u. ad l. 6. § 4. C. de his, qui ad eccles. (1. 12.). v. „conscientia.“ Vgl. Planck Beweisurteil S. 175. Dagegen Schmid l. c. III. S. 241. Note 31.

weit er überhaupt den Proceß angeht[24]), aus dem oben angeführten Grunde nicht als ein eigentliches Beweismittel in Betracht; der letztere aber ist bloß ein Product der neueren gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis und hat weder im römischen, noch im canon. Rechte[25]) einen Stützpunkt.

Endlich liegt noch ein die Beweiskraft des Eides unterstützendes und die Anerkennung derselben im Processe rechtfertigendes Moment darin, daß die Beschwörung der Unwahrheit, die Ablegung eines falschen Eides bei allen Völkern und namentlich im canonischen Rechte[26]) als ein schweres Vergehen behandelt und nicht nur mit harten zeitlichen und ewigen Strafen bedroht, sondern auch mit der Einbuße aller persönlichen Achtung und Wertschätzung im unvermeidlichen Verkehre mit Anderen verbunden ist. Die oben erwähnten Bedenken werden daher auch durch die Erwägung abgeschwächt, daß der Schwörende sich diesen Uebeln doch wenigstens nicht leichthin, ja vielleicht regelmäßig trotz momentaner Einwirkung des mächtigsten entgegenstehenden Interesse nicht aussetzen werde[27]).

De lege ferenda kann man allerdings der Ansicht sein, daß der Parteieneid trotz des Zusammenwirkens aller dieser Gründe keine genügende oder doch nur eine schwankende Stütze für die Ueberzeugung des Richters bieten könne, also kein geeignetes oder zuverlässiges, sondern nur ein gewagtes Beweismittel sei. Allein die Ansicht, daß derselbe auch de lege lata, obgleich nach der betreffenden Gesetzgebung das in einer der oben bezeichneten Formen Beschworene als wahr zu gelten hat, nicht als eigentliches Beweismittel zu betrachten sei, sondern nur von der Beweislast befreie u. dgl.[28]), ist jedesfalls unrichtig. Denn wenn in einer rationellen Beweistheorie dem Parteieneide ein Einfluß auf die Erhärtung einer bestrittenen Thatsache überhaupt zuerkannt wird, dann kann derselbe nur darin bestehen, daß dadurch Gründe für die Ueberzeugung von der Wahrheit einer solchen Thatsache geliefert werden können und dieß ist ja gerade die Function eines eigentlichen, wahrhaften Beweismittels.

Einen rationellen Ueberzeugungs- oder Beweiswert kann übrigens der Eid immer nur haben, wenn die in demselben enthaltene Behauptung und Bekräftigung die Wahrheit der zu beweisenden Thatsache betrifft und der Ausdruck dessen ist, was der Schwörende von derselben wirklich weiß. Das liegt wol

---

[24]) Mit vollstem Rechte bemerkt Endemann § 206, daß der Manifestationseid „ebenso sehr dem materiellen Civil-, als dem Processrecht angehört."

[25]) Bezüglich des hiefür bezogenen c. 32. X. h. t. (2. 24.) bemerkt Wetzell l. c. S. 253. Note 13 ganz treffend, daß es sich da „um das von beiden Parteien zu leistende und eine Abart des generellen Calumnieneides bildende juramentum de veritate dicenda" (s. hier I. Teil S. 72.) handelt. Ebenso schon Busch im civil. Archiv. Bd. 21. S. 217. 218; Planck Beweisurteil S. 175 erklärt das altdeutsche Recht als die Quelle des juram. quantitatis.

[26]) 2. Mosis. 20. 7; 3. Mosis. 19. 12; 5. Mos. 5. 11; Math. 5. 33; c. 7. D. 50; c. 9. C. 8. q. 5; c. 17. C. 6. q. 1; c. 17. § 1. C. 22. q. 1; c. 7. 14. C. 22. q. 5; c. 20. C. 24. q. 3.

[27]) Vgl. Haimerl l. c. S. 4. 5; dagegen Bentham l. c. S. 94. 95.

[28]) S. Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 9. Nr. 1—11; Vol. II. concl. 955 Nr. 1 u. ff; Reinhardt l. c. I. § 150; vgl. auch Grolmann l. c. § 90.

schon im Begriffe des Eides und dadurch ist ja der ganze oben zuerst hervorgehobene Beweisgrund bedingt. Eine Thatsache behaupten heißt doch die Wahrheit derselben erklären und der Eid ist nur die denkbar höchste Potenzirung dieser Erklärung. Was nun aber dazu gehört, damit Jemand die Wahrheit einer Thatsache behaupten und diese Behauptung dann beschwören könne, wie weit seine subjective Ueberzeugung davon gefestigt sein und auf welchen Gründen sie beruhen müsse, das läßt sich nicht durch eine feste Regel bestimmen, das ist eben auf das Gewissen des Schwörenden gestellt. Namentlich ist der hiefür in der neueren Doctrin[29]) aufgestellte Grundsatz, das zu beschwörende eigene Wissen müsse sich entweder auf eigenes Handeln oder Bewußtsein des Schwörenden beziehen oder, wenn es Handlungen Anderer zum Gegenstande hat, auf eigener Sinneswahrnehmung des Schwörenden beruhen, meines Erachtens weder zureichend, noch richtig. Denn schon v. Arnold (l. c. S. 96) hebt ganz richtig hervor: „Die Bestandteile des Wissens sind: Auffassung in das Bewußtsein und Behalten im Gedächtnisse"; nun ist aber doch gewiß, daß zur Auffassung in das Bewußtsein die bloße Sinneswahrnehmung weder immer erforderlich, noch jemals für sich allein hinreichend ist und daß das Gleiche ebenso auch vom Behalten im Gedächtnisse gilt. Für die Bestandteile, die Elemente des Wissens ist also die Sinneswahrnehmung nicht das Entscheidende, wie sollte sie es für das Wissen selbst sein? Und weßhalb sollte das Wissen, wenn es eigenes Handeln oder Bewußtsein zum Gegenstande hat, anderer Natur sein, als wenn es fremde Handlungen betrifft? Das Wissen ist eben unter allen Umständen ein geistiger, aus Gründen des menschlichen Verstandes gebildeter Zustand und was Endemann Civ. Proc. § 207. I. vom römischen Schiedseide bemerkt: „es blieb dabei vollständig dem Gewissen des Delaten oder Relaten überlassen, mit der eigenen Ueberzeugung, mochte sich diese auf Wissen oder auf Glauben(? ich möchte lieber sagen: mochte sich diese auf Sinneswahrnehmung oder auf andere Gründe) stützen, fertig zu werden . . . Jeder erhärtete seine eine unteilbare Ueberzeugung," ist durchaus nicht eine bloße Eigentümlichkeit des röm. Rechts, sondern liegt ganz im Wesen der Sache[30]). Soviel ist dadurch aber jedesfalls

[29]) S. vorzügl. v. Arnold im Arch. f. civil. Praxis. Bd. 47. S. 93; Wetzell l. c. S. 232; Renaud l. c. § 129. und die da Citirten.

[30]) Daß „auch die italien Juristen es nicht als ausgemacht ansehen, daß ein Wahrheitseid nur unter Voraussetzung eigener Sinnenwahrnehmung ausgeschworen werden könne," bemerkt mit Zimmermann l. c. S. 202 u. ff. Wetzell l. c. S. 233. Note 38. Treffend betont außerdem Endemann Beweisl. S. 618. 619: „Man muß davon ausgehen, daß jeder Eid aus dem ganzen Gewissen heraus, nach bestem Wissen geleistet werden muß. . . . . Man sagt zwar, daß das Wissen auf eigener Sinnenwahrnehmung, das Glauben auf Schlußfolgerung beruhe: allein es ergibt sich, . . . daß auch das Wissen nicht ohne eine, wenn auch kürzere Reflexion gedacht werden kann, wie das Glauben" u. s. w. Vgl. dazu eodem S. 219. 220. u. Civilproc. § 207. Note 9: „Glauben und Wissen, Nichtwissen und Nichtglauben sind Unterschiede, die für die freie Logik ewig bestehen; aber diesen Unterschied juristisch-abstract in dem Eide der Parteien . . . auszuprägen, ist ein unglückliches Erzeugniß des schematistischen Geistes."

festgestellt, daß derjenige, der in seinem inneren Bewußtsein nicht über die Wahrheit der Thatsache vollkommen im Reinen ist, diese Thatsache strenge genommen schon gar nicht behaupten, ganz sicher aber nicht beschwören kann, und wenn es hiernach schon dann, wenn Jemand eine Thatsache mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat, vorkommen kann, daß er diese Thatsache trotzdem nicht beschwören kann, weil er z. B. bei der Wahrnehmung zu wenig aufmerksam war u. dgl., so tritt diese Unmöglichkeit um so eclatanter dann hervor, wenn er von der zu beschwörenden Thatsache gar keine Kenntniß hat oder haben kann. — Nach strenger Auffassung gibt es gar keinen anderen, als den Veritätseid (juramentum de veritate), aber Veritätseid liegt nicht bloß dann, wenn durch den Eid eine „Thatsache auf Grund eigener Sinneswahrnehmung", sondern auch dann vor, wenn sie „auf Grund anderweitig, als durch eigene Sinneswahrnehmung gewonnener Ueberzeugung bezeugt wird"[31]). Dennoch hat sich in der Theorie und Praxis des gemeinen Civilprocesses vom Calumnieneide aus und durch Vermittlung des sächsischen Processes unter der Bezeichnung Glaubens- oder Credulitätseid (juramentum de credulitate) eine Eidesform entwickelt, nach welcher es unter Umständen zur Begründung der dem Eide zuerkannten Beweiswirkung hinreicht, wenn der Schwörende nur sein Glauben oder Dafürhalten rücksichtlich der zu beweisenden Thatsache beschwört und daneben wurde auch dem Eide, mit welchem die Partei bloß ihr Nichtwissen oder ihr Nichtwissen und Nichtglauben bezüglich einer Thatsache beschwört (d. i. dem juramentum ignorantiae und dem juramentum credulitatis negative conceptum oder negativen Glaubenseide) unter Umständen eine Bedeutung für den Beweis der fraglichen Thatsache beigemessen[32]). Dieß ist wenigstens die Auffassung des Credulitäts- oder Glaubenseides, welche lange Zeit hindurch herrschte[33]) und welche allein demselben eine vom Veritätseide wirklich verschiedene innere Bedeutung zu-

---

[31]) Vgl. über die gesammten hier einschlägigen Fragen die gründliche und ausführliche Monographie: Der Glaubenseid von E. Zimmermann (Marburg und Leipzig. 1863), wo S. 26 u. ff. die Grundlagen, auf welchen die zum Schwören erforderliche Ueberzeugung nach röm. Rechte beruhen kann, erörtert sind. Gegen das im Texte Gesagte s. namentlich Renaud im civil. Arch. Bd. 43. S. 139 u. ff. u. Civilproc. § 129; Wetzell l. c. S. 232. 233. u. die da Cit.

[32]) S. über die erwähnten Eidesformen: J. H. Böhmer J. E. P. II. 24. § 71; Gensler im civil. Archiv Bd. 2. S. 33 u. ff; Schmid l. c. II. § 163; Bayer l. c. S. 887 u. ff; Pratobevera l. c. S. 169 u. ff; Haimerl l. c. S. 8. 9; Endemann Beweisl. § 149—151 u. Civilproc. § 207; Langenbeck l. c. S. 770 u. ff; Wetzell l. c. S. 232 u. ff; Renaud im civil. Arch. Bd. 43. S. 139 u. ff. u. Civilproc. § 129; Zimmermann l. c. passim; v. Bar Recht und Beweis im C. P. S. 128. 131. 132.

[33]) S. v. Tevenar Theorie des Beweises im C. P. (Magdeburg und Leipzig 1780.). S. 88 u. ff; Reinhardt l. c. II. §. 237—239; Grolmann l. c. § 92. 94b.; Martin l. c. § 224; Linde l. c. § 301. Note 4; Hefftter l. c. § 212; Haimerl l. c. S. 8.

ſchreibt[34]). Die beiden genannten Eide ſind meines Erachtens keine beſonderen Formen oder Arten des Eides, ſondern es wird dadurch nur dem Eide aus Rückſicht auf gewiſſe Umſtände eine freiere Faſſung, ein die Leiſtung desſelben erleichternder oder vielmehr ermöglichender Inhalt gegeben und es läßt ſich nicht in Abrede ſtellen, daß ja auch der Veritätseid nur die ſubjective Ueberzeugung des Schwörenden von der Wahrheit des Beſchworenen involviren kann und daß ſonach, da es eine feſte Grenze dafür, wo das individuelle Glauben oder Meinen aufhört und das Ueberzeugtſein anfängt, nicht gibt, der Credulitäts- und der Veritätseid auf den erſten Blick nicht ſo weſentlich verſchieden zu ſein ſcheinen. Allein dieſe Verſchiedenheit iſt nichtsdeſtoweniger eine ſehr bedeutende und reale; denn die erwähnte Grenze exiſtirt entſchieden in dem moraliſchen Bewußtſein jedes ehrlichen und gewiſſenhaften Menſchen, die religiöſen und moraliſchen Anforderungen zielen alle dahin, daß der Schwörende dieſe Grenze nicht aus den Augen laſſe und in ſeinem Eide nur der Wahrheit, d. i. ſeiner Ueberzeugung von der Wahrheit Ausdruck gebe und das Unzuverläſſige an den Beweisgründen des Eides beſteht eben namentlich darin, daß trotz alledem dieſe Grenze bei der größeren oder geringeren Gewiſſenhaftigkeit des Einzelnen ſchwankend iſt und der Eine ſchon dann eine Thatſache ohneweiters beſchwören kann, wenn der Andere noch kaum zu der Meinung gelangt iſt, die Thatſache ſei wahr. Wenn nun in der juriſtiſchen Verwendung und Geſtaltung des Eides von Vornherein das bloße Glauben oder Fürwahrhalten unter Umſtänden zum Inhalte des Eides gemacht wird, ſo wird jene Unzuverläſſigkeit geradezu zur völligen Unwirkſamkeit geſteigert, denn abgeſehen von der Zerſtörung der natürlichen Baſis des Eides kann doch die eidliche Betheuerung deſſen, was die Partei über das zu beweiſende Factum glaubt, oder daß ſie darüber Nichts weiß, keinen rationellen Stützpunkt für die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit dieſes Factums liefern. Es dürfte daher wol von ſelbſt auffallen, daß die Einführung reſp. Zulaſſung des Credulitäts- und des Ignoranzeides nicht nur in den Fällen ihrer eigenen Anwendung eine förmliche Vernichtung der rationellen Beweiswirkung des Eides, ſondern auch wegen der unvermeid-

---

[34]) In der Auffaſſung, nach welcher das Weſen des Credulitätseides darin beſteht, daß „mittels desſelben eine Thatſache auf Grund anderweitig, als durch eigene Sinneswahrnehmung gewonnener Ueberzeugung bezeugt wird", oder daß in demſelben „der durch eigene Wahrnehmung begründeten Wiſſenſchaft des Schwörenden ein aus anderen Gründen geſchöpftes Fürwahrhalten ſubſtituirt" wird (ſ. beſ. Renaud u. Wetzell oben Note 29 u. 31 u. die da Cit.), erſcheint nach dem oben im Texte Geſagten der Credulitätseid mit dem Veritätseide im Weſentlichen identificirt und wenn Wetzell l. c. S. 236 bei Erörterung der geſchichtl. Entwicklung des Credulitätseides bemerkt: „Und hiermit war denn in allem Weſentlichen der Glaubenseid mit dem Wahrheitseide auf vollkommen gleiche Stufe getreten", ſo gilt dieß von dem Momente an, wo bloß die „eigene Sinneswahrnehmung" zum Criterium des Unterſchiedes von Veritätseid und Credulitätseid gemacht wird, nicht bloß bezüglich der formellen Behandlung und der Beweiswirkung, ſondern vor Allem auch von der eigentlichen inneren Bedeutung beider.

lichen Einwirkung der diesen Eiden zu Grunde liegenden Vorstellung auf die übrigen Eide eine wesentliche und gefährliche Abschwächung der Bedeutung des Eides überhaupt für den Beweis involvirte. Das canonische Recht hat, wie wol allgemein anerkannt ist[35]), an der Einführung dieser Eidesauffassung beim Beweiseide, abgesehen von dem hier außer Betracht stehenden Calumnieneide, keinen Anteil; es hält an der strengen Auffassung des Eides als Veritätseid unter allen Umständen fest, indem es für jeden Eid veritas in mente, d. i. volle Uebereinstimmung der eidlichen Erklärung mit der inneren Ueberzeugung des Schwörenden von der Wahrheit des Beschworenen fordert[36]) und wenn wenigstens bezüglich des Eides der auch im canon. Rechte beim Reinigungseide im Strafprocesse noch beibehaltenen Eidhelfer nach c. 5. 13. X. de purg. canon. (5. 34.) behauptet wird, daß dieser ein juramentum de credulitate sei, ja vom Gesetze selbst geradezu als solches bezeichnet werde, so ist das durchaus unrichtig; denn dasjenige, was der Eidhelfer sowol nach seiner ursprünglichen deutschrechtlichen, als auch nach seiner im canon. Rechte festgehaltenen Stellung zu beschwören hat, nemlich daß der Eid der Proceßpartei „rein und unmein sei“[37]) („quod veritatem credunt eum dicere, qui purgatur“ in c. 13. X. cit.), muß ebenso das Resultat fester Ueberzeugung des Eidhelfers (also Veritätseid) sein, wie bei allen anderen Eiden und die Wahrheit des von der Proceßpartei Beschworenen ist nicht Gegenstand dieses Eides, sondern Gegenstand der richterlichen Schlußfolgerung. Die Einwendungen also, welche gegen die Beibehaltung oder Verwendung des Parteieneides auch im Civilprocesse aus der Natur des

---

[35]) S. Zimmermann l. c. S. 233. 236. 249. 250. 277. gegen Langenbeck, welcher l. c. S. 774 etwas unbestimmt behauptet, daß „das Schwören über Nichtglauben oder Glauben überhaupt dem canonischen Rechte ebenso wenig, als dem röm. Rechte unbekannt sei“ s. bes. Endemann Beweisl. § 149 u. C. P. § 207; Wetzell l. c. S. 283 u. ff; Renaud im civil. Arch. cit. S. 141 u. ff; 156 u. ff. u. Civilproc. § 129. Ausdrücklich bemerkt rücksichtlich des juramentum a parte parti judice approbante delatum Damasus l. c. tit. 57. i. f., daß dasselbe zu leisten sei „de veritate, non de credulitate, sicut fit in sacramento calumniae.“ Daß insbes. die von Langenbeck citirten c. 5. X. de test. (2. 20.) u. c. 5. X. de purg. can. (5. 34.) nicht auf einen eigentlichen Credulitätseid zu beziehen sind, und daß die Meinung Orelli's l. c. S. 22: „Das canon. Recht .... bestimmte, der Eid der Eideshelfer sei nicht ein juramentum veritatis, sondern ein juram. credulitatis“ unrichtig ist, geht aus dem im folgenden Texte und oben im 2. Cap. Nr. 3 Gesagten hervor.

[36]) Judicium in jurante, veritas in mente u. justitia in objecto werden im canonischen Rechte (c. 2. C. 22. q. 2; c. 26. X. h. t. 2. 24.) als die unerläßlichen „comites jurisjurandi“ bezeichnet. Diese veritas in mente betrifft zwar auch die Absicht des Schwörenden, die Wahrheit vollständig, ohne „Zweideutigkeit und Vorbehalt“ zu erklären, vor Allem aber involvirt sie doch die Forderung, daß der Schwörende nur das beschwöre, von dessen Wahrheit er überzeugt ist. Vgl. Phillips l. c. II. § 310. III. 2; Walter l. c. § 354; Eichhorn l. c. II. S. 560; Müller Lexikon des KR. II. S. 666. 667; Roßhirt l. c. S. 568.

[37]) Siegel l. c. § 26; Brunner in Holtzendorffs Encyclopädie I. S. 148.

Credulitäts- und des Ignoranzeides mit vollem Rechte entnommen werden, haben auf das canonische Recht keine Anwendung.

Vermöge des angeführten Beweisgrundes hat der Eid in all den erwähnten Arten seiner Verwendung eine vollkommen selbstständige Beweisfunction, d. h. der Beweis ist da Resultat der vom Eide selbst und unmittelbar gelieferten Ueberzeugungsgründe und dadurch unterscheidet sich der Parteieneid von der Beweisfunction des Zeugen- und des Sachverständigeneides, welche nur eine Festigung oder Verstärkung der von anderen Beweismitteln gelieferten Ueberzeugungsgründe[38]) bieten, also nur eine accessorische, mittelbare Beweisfunction haben. Diese Selbstständigkeit besteht namentlich auch im Verhältnisse des Parteieneides zu den anderen Beweismitteln und es läßt sich eine allgemein *subsidiäre* Natur des Eides, d. h. nicht behaupten, daß das im Parteieneide liegende Beweismittel von den anderen Beweismitteln insofern abhängig sei, als es nur dann anwendbar und wirksam sein könne, wenn keines der letzteren vorhanden oder von Erfolg ist. Denn obgleich in der That einer der wesentlichsten Gründe für die Aufname oder Beibehaltung des Eides als Beweismittel im Processe in der bei der Beschaffenheit des Verkehres fast zweifellosen Notwendigkeit, ja Unentbehrlichkeit desselben erblickt werden muß, so folgt daraus doch keineswegs, daß, *wenn* dieses Beweismittel von der Gesetzgebung wirklich aufgenommen wird, nun auch in jedem concreten Falle vor der Anwendung seine Notwendigkeit oder Unentbehrlichkeit erst constatirt werden müßte. Und was das positive, u. z. das canonische Recht betrifft, so ist es allerdings richtig, daß schon die ganze Auffassung desselben über den Eid einen bloß subsidiären Charakter desselben zu begründen scheint und daß c. 2. X. de probat. (2. 19.) gerade für die Verwendung des Eides als Beweismittel im Processe[39]) ausdrücklich erklärt:

---

[38]) S. oben Cap. 2. Nr. 2 u. Cap. 3. Nr. 2.

[39]) Daß das c. 2. X. cit. *nur* den notwendigen Eid, nicht aber die Eidesdelation im Auge habe, wie *Hinschius* l. c. S 4 u. ff. u. *Nissen* Gewissensvertretung (Leipz. 1861) S. 43 erklären, kann ich wenigstens nicht als ausgemacht betrachten. Denn *Hinschius* selbst weist nach, daß das deferre des c. 2. X. cit. sich sowol auf die Eidesdelation, als auf die Auferlegung des notwendigen Eides bezieht und warum in dem Satze: „ut ei sacramentum nihilominus deferatur" das den Sinn des ganzen cap. auf den notwendigen Eid einschränkende „a *vobis*" ergänzt werden müsse, ist nicht einzusehen. Nach dem Zusammenhange der beiden Sätze: „apud vos esse consuetum ...., ut ei sacramentum nihilominus deferatur" scheint es mir vielmehr unzweifelhaft, daß in dem abhängigen, mit ut beginnenden Satze ganz das nemliche „*apud vos*" hinzugedacht oder ergänzt werden müsse, welches in dem regierenden Satze: „consuetum esse" steht und dieses steht der Beziehung der folgenden Begründung „quum tunc demum" etc. auch auf die Eidesdelation nicht entgegen. Uebrigens würde auch die Ergänzung des „a vobis" die Beschränkung auf den notwendigen Eid noch immer nicht rechtfertigen, da, wie sich im II. Abschn. 5. Cap. herausstellen wird, nach der Auffassung des canon. Rechts und der italien. Doctrin auch beim Schiedseide der Richter es ist, welcher den Eid eigentlich aufträgt, d. i. die Eidesdelation des Deferenten für den Delaten erst verpflichtend macht. Was aber den *Charakter* der in c. 2. cit mißbilligten Gewohnheit betrifft, welcher von *Zimmermann* Glaubenseid. S. 224. Note 1

„. . .quum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium (i. e. sacramentum deferre) recurrendum, quum aliae legitimae probationes deesse noscuntur;“ allein das ist nicht so zu verstehen, daß die Partei im Processe immer zuerst andere Beweismittel suchen und benützen müsse und erst dann, wenn sie solche nicht gefunden oder mit ihnen ihren Beweiszweck nicht erreicht hat, zum Beweismittel des Eides greifen dürfe[40]), sondern das hat nur den Sinn, daß der Richter im Processe die Gründe seiner Ueberzeugung vorerst in den anderen etwa vorliegenden Beweismitteln zu suchen und daraus zu entnehmen und erst dann, wenn solche nicht vorhanden sind oder nicht ausreichen, die durch den Eid gelieferten Gründe zu verwenden habe[41]). Der Eid hat also wol subsidiären Character, doch nur rücksichtlich der dem Richter zustehenden, resp. obliegenden Verwendung desselben zur Ueberzeugungsbildung, nicht aber rücksichtlich der der Partei zustehenden Verwendung desselben als Beweismittel[42]).

Die Erfordernisse, welche nach den hervorgehobenen Beweisgründen an die Beweiskraft des Parteieneides gestellt werden, betreffen zunächst die Person des Schwörenden, sodann die Art der Ablegung und den Inhalt des Eides. Was nun

1) die Person des Schwörenden betrifft, so können die obigen Beweisgründe nur dann Platz greifen, wenn diese Person sich sowol im vollen Besitze der normalen Geisteskräfte befindet, um die Bedeutung des im Eide liegenden Actes nach allen Richtungen beurteilen und würdigen zu können, als auch jene moralische Integrität besitzt, welche ein absichtliches Abweichen der eidlichen Erklärung von der inneren Ueberzeugung fernzuhalten geeignet ist. Das canon. Recht insbesondere spricht dieß aus, indem es für die Zulässigkeit und Wirksamkeit des Eides überhaupt fordert judicium in jurante und veritas in mente, und behandelt daher als eidesunfähig

---

gut dargestellt wird, so liefert auch dieser m. E. noch keineswegs die Gewißheit, daß c. 2. auf den Noteid zu beschränken ist. Nissen aber ist der Ansicht, es stehe „die Alternative offen, das c. 2. X. cit. entweder auf den Schiedseid oder auf den Noteid zu beziehen,“ doch scheinen mir die Gründe sowol für diese Alternative, als auch für die gegebene Entscheidung für den Noteid gleichfalls nicht derart, daß dadurch die Sache außer Zweifel gestellt würde.

[40]) Wie dieß die ältere proceß. Doctrin aufgefaßt zu haben scheint nach Durantis l. c. lib. II. p. 2. de juram. delat. Nr. 4. Dagegen s. Mascardus l. c. Vol. II. concl. 959. Nr. 6 u. ff. Vgl. auch Endemann Beweisl. § 108 u. C. P. § 200; Martin l. c. §. 186. Note f. u. Gensler Comment. ad § 175 a; Bayer l. c. S. 925; Langenbeck l. c. S. 401. Note b. S. 418 u. ff., bes. S. 419. Note c; Nissen l. c. S. 52.

[41]) Der Erfüllungseid ist somit schon seinem Wesen nach, der Schiedseid vermöge seiner Auffassung und Behandlung im canon. Rechte subsidiären Charakters in diesem Sinne. Für den Reinigungs-, Würderungs- und Manifestationseid kommt die Frage der Subsidiarität ihrer Natur nach gar nicht in Betracht.

[42]) Vgl. v. Arnold im civil. Arch. Bd. 47. S. 187. 188; Renaud l. c. § 132.

a) Wahnsinnige, Blödsinnige, Volltrunkene, überhaupt Personen, welche sich zur Zeit der Eidesleistung in einem Zustande befinden, der entweder den Mangel der normalen Geisteskräfte in sich schließt oder den vollen freien Gebrauch derselben verhindert[43]). In c. 13. X. h. t. (2. 24.) wird dießfalls zwar ausdrücklich auch auf erregte Leidenschaft (iracundiae calore succensus) hingewiesen, allein das ist sicher nicht dahin zu verstehen, daß jedwede, namentlich im Processe kaum vermeidliche leidenschaftliche Aufregung schon eidesunfähig mache, sondern es ist damit nur gesagt, daß es, wie ja auch naturgemäß, auf den Grund, auf welchem der erwähnte Zustand beruht, nicht ankommt, wenn dieser nur von der bezeichneten Intensität ist[44]). Die Bestimmung des c. 16. C. 22. q. 5 aber, daß der Eid in nüchternem Zustande abgelegt werden solle, woraus die gemeinrechtliche Praxis die Forderung der Eidesablegung am Vormittage gemacht hat[45]), hat mit dem hier besprochenen Erfordernisse (judicium jurantis) gar Nichts zu schaffen, sondern gehört nur zu der vom canon. Rechte in Würdigung der religiösen Bedeutung des Eides geforderten würdigen Vorbereitung zur Eidesleistung.

b) Die Unmündigen, u. z. abweichend von der römischrechtlichen Feststellung der pubertas, Personen beiderlei Geschlechtes, welche das 14. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben[46]). Es heißt zwar in den (Note 46) citirten Stellen übereinstimmend nur: „non cogantur jurare“, allein dieß ist nicht dahin zu verstehen, daß der Unmündige, wenn er sich freiwillig zur Eidesleistung erbietet, einen vollkommen beweiskräftigen oder überhaupt wirksamen Eid ablegen könne, weil ihn eben schon das römische Recht als eidesunfähig behandelte[47]) und das canonische Recht nach seiner ganzen Auffassung des Eides hierin sicherlich keine Abänderung bezweckte. Daß auch Frauenspersonen erst nach vollendetem 14. Lebensjahre eidesfähig sind, erscheint in den Note 46 citirten Stellen positiv ausgesprochen[48]).

---

[43]) c. 8. C. 22. q. 4.

[44]) Vgl. Walter l. c. § 354; Phillips l. c. II. § 310. Note 12.

[45]) S. Wetzell l. c. S. 230; Eichhorn l. c. II. S. 534. Note 7; Langenbeck l. c. S. 760 Note b.

[46]) c. 14. 15. 16. C. 22. q. 5.

[47]) l. 26. pr. l. 34. § 2. D. de jurejur. (12. 2.); l. 4. pr. D. de in litem jur. (12. 3.). S. Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 576. 577; Endemann Beweisl. § 113. 115. 125 u. Civilproc. § 201. II; Renaud in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc. Bd. 18. S. 167 u. ff. Die Bestimmung der l. 26. pr. D. cit: „omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum, qui contentus eo, quum deferret fuit“, wornach also doch der dem Unmündigen deferirte Eid, wenn er von demselben geleistet wird, als vollkommen wirksam anerkannt ist, beruht rein auf der Vergleichsnatur des Schiedseides und hat nur in der stillschweigenden Ignorirung der Eidesunfähigkeit des Delaten von Seite des Deferenten, wie ausdrücklich hervorgehoben wird (qui contentus eo, quum deferret fuit), ihre Begründung.

[48]) Vgl. Glück Pand. Bd. 12. S. 206; Eichhorn l. c. II. S. 534; Scheill Fortsetzung von Frey's Commentar über das Kirchenrecht. Bd. 5. S. 352. Note; Rich-

c) Diejenigen, welche sich eines Meineides schuldig gemacht haben [49]). Es ist dießfalls nicht gerade erforderlich, daß bereits strafgerichtliche Verurteilung wegen Meineides stattgefunden habe, sondern es genügt, wenn nur der Beweis des verübten Meineides erbracht wird, doch bloßer Verdacht desselben ist in keinem Falle hinreichend [50]).

Andere persönliche Verhältnisse oder Zustände, welche eine Schwächung der Urteilskraft oder der Moralität desjenigen, der schwören soll, involviren [51]), schließen auch nach canon. Rechte die Eidesfähigkeit nicht aus, sie haben aber auf dieselbe einen wesentlichen indirecten Einfluß insofern, als die Verwendung des Eides im Processe vom Ermessen des Richters abhängt; denn da hat der Richter „inspectis personarum ... circumstantiis“ (c. 36. X. h. t. 2. 24.) vorzugehen und derartige Umstände in Rechnung zu bringen. Die Bestimmungen des canon. Rechtes, welche zur Wirksamkeit des Eides die Freiheit des Schwörenden von Zwang, Irrtum, Ueberlistung fordern [52]), haben für den Eid im Processe keine Anwendung, da derartige Einwirkungen auf die Person des Schwörenden durch die rechtliche Normirung des gerichtlichen Verfahrens ausgeschlossen sind, jener Zwang aber, welcher in der Verpflichtung zur Leistung des aufgetragenen Eides allerdings liegt, eben in dem Proceßrechte vollkommen begründet ist.

Die natürliche Folge der Eidesunfähigkeit ist nicht bloß die, daß der Richter den Eid, wenn er je nach der Art seiner Verwendung im Processe von einer eidesunfähigen Person zu schwören wäre, nicht zulassen kann, sondern auch die, daß der Eidesunfähige sich zum Beweise durch den Eid gar nicht erbieten, denselben überhaupt gar nicht benützen kann. Beim notwendigen Eide (Erfüllungs- resp. Reinigungseide), beim Würderungs- und Manifestationseide und dem juramentum Zenonianum erscheint dieß, soweit dieselben für den Beweis überhaupt in Betracht kommen, einfach und klar; denn was sollte da ein solches Erbieten für einen vernünftigen Zweck haben? Bei jener Verwendung des Eides jedoch, welche im Schiedseide oder der Eidesdelation liegt, scheinen sich — wenn man von dem Umstande, daß im canon. Processe auch hier der Richter es ist, welcher den Eid aufträgt [53]), absieht, — Gründe dagegen zu er-

---

ter l. c. § 288. Anderer Meinung dagegen Wetzell l. c. S. 280. Note 16; Renaud Civilproc. §. 130. Note 11.

[49]) c. 14. C. 22. q. 5: „Et qui semel perjurus fuerit, ... nec in sua causa vel alterius jurator exsistat.“ Vgl. auch c. 1. X. de purg. can. (5. 34.). Die Unterscheidung Eichhorns l. c. II. S. 535 ist nach diesem ganz allgemeinen Wortlaute unbegründet; s. dagegen auch Richter l. c. § 288. II.; Phillips l. c. II. § 310. III. 1; Walter l. c. §. 354.

[50]) Vgl. v. Arnold im civil. Arch. Bd. 47. S. 87.

[51]) Wie z. B. die Gründe der Ausschließung vom Zeugnisse oben Cap. 2. Nr. 1. c. β. γ.

[52]) c. 2. 8. 15. 21. 28. X. h. t. (2. 24.); c. 2. in VI^to. de pactis. (1. 18.).

[53]) S. II. Abschn. 5. Cap.

geben aus der Vergleichsnatur dieſes Eides und ſohin aus dem Umſtande, daß dort, wo Eidesdelation überhaupt zuläſſig, alſo das Verhandlungsprincip für das Verfahren maßgebend iſt, dieſem gemäß der Gegner deſſen, der hiernach den Eid zu leiſten hätte, von der Eidesunfähigkeit desſelben ganz abſehen und den von ihm geleiſteten Eid als vollkommen wirkſam, reſp. beweiskräftig acceptiren oder gelten laſſen kann. Die Fähigkeit, den Eid im Proceſſe rechtswirkſam zu deferiren oder zu referiren (Delations- oder Relationsfähigkeit), iſt ihrem Begriffe nach verſchieden von der Fähigkeit, den Eid wirkſam, d. i. beweiskräftig zu leiſten (Eidesfähigkeit) [54]), und nach der Natur des mit der Eidesdelation immer verbundenen Verhandlungsprincipes wäre es durchaus zuläſſig, ſowol daß von einem Eidesunfähigen der Eid deferirt oder referirt, als auch daß an einen Eidesunfähigen der Eid deferirt oder referirt werde, u. z. nicht bloß deßhalb, weil der durch die Eidesunfähigkeit begründete Mangel der Beweiskraft durch die Anerkennung, alſo den eigenen Willen des Gegners behoben werden kann, ſondern auch deßhalb, weil zur Zeit der bloßen Eidesdelation, wenn ſie von einem Eidesunfähigen an einen Eidesfähigen oder umgekehrt erfolgt, noch gar nicht feſtſteht, ob es wirklich zum Eide des Eidesunfähigen kommen wird. Für die Delations- oder Relationsfähigkeit iſt die Vergleichsnatur des Schiedseides das Maßgebende, ſowie zu jedem Vergleiche, ſo iſt auch zum Gebrauche der Eidesdelation im Proceſſe die volle Dispoſitionsfähigkeit über den Gegenſtand des Rechtsſtreites auf Seite des Deferenten und des Delaten erforderlich [55]) und alle Umſtände oder Verhältniſſe, welche dieſe Dispoſitionsfähigkeit ausſchließen, beſchränken oder an beſondere Bedingungen (z. B. auctoritas tutoris, consensus curatoris, obervormundſchaftliche Genehmigung, beſondere Qualification der Vollmacht u. dgl.) knüpfen, haben auch für die Delations-

---

[54]) Meiſt wird dieſe Unterſcheidung überſehen oder doch nicht genügend betont; Endemann Beweisl. § 113 u. ff. 125. u. Civilproc. § 201. II. A. 3. u. B. 1. Note 20, ebenſo Bayer l. c. S. 874, Renaud l. c. §. 133. II. III. heben dieſelbe ſcharf und beſtimmt hervor.

[55]) S. Linde l. c. § 302; Martin l. c. § 224; Bayer l. c. §. 263. 264: Schmid l. c. II. § 159. 160; Endemann Beweisl. § 114. 115. u. Civilproc. § 201. II. A. B. § 202. I. A. Insbeſondere bemerkt Letzterer (Beweisl. S. 484): „Volle Dispoſitionsfähigkeit auf Seite des Delaten iſt das erſte Erforderniß giltiger Delation, mit dem auch hier nicht von vornherein, wie in der herrſchenden Lehre oft geſchieht, die Frage, von wem der deferirte Eid abzuleiſten ſei, und folglich die Frage der Eidesfähigkeit vermengt werden darf." — Dagegen Wetzell l. c. S. 254: Die Eidesdelation unterſcheidet ſich vom Vergleiche darin, daß ſie nicht für beide Teile, ſondern nur „für den Deferenten eine mögliche Verminderung des Vermögens involvirt und deßhalb auch bloß bei ihm, nicht aber bei dem Delaten die Dispoſitionsbefugniß vorausſetzt." Aehnlich Langenbeck l. c. S. 749. Renaud l. c. § 153 verlangt auf Seite des Delaten nebſt der Eidesfähigkeit, daß er „fähig zu einem gerichtlichen Geſtändniſſe ſei." Gegen die da geforderte Eidesfähigkeit auf Seite des Delaten vgl. Linde l. c. Martin l. c. Oſterloh l. c. II. § 262. Note 42. Die citirten Stellen ſind auch zu vgl. über die Eidesdelation an juriſtiſche Perſonen und an Streitgenoſſen, ſowie über die Frage, wer in ſolchem Falle den Eid zu leiſten habe.

und Relationsfähigkeit ganz die gleiche Wirkung [56]), der Umstand hingegen, daß Deferent und Delat den Eid auch wirksam ablegen können, ist dafür nicht entscheidend und es hat daher, an und für sich betrachtet, die Eidesunfähigkeit beim Schiedseide nicht die Consequenz, daß von oder an einen Eidesunfähigen der Eid nicht deferirt und referirt werden kann. Bezüglich des Unmündigen ist dieß im römischen Rechte [57]) wenigstens in der Richtung ausdrücklich ausgesprochen, daß der ihm deferirte und von ihm abgelegte Eid trotz seiner Eidesunfähigkeit als vollkommen wirksam angesehen wird und rücksichtlich des Meineides wird nach dem eben erörterten Gesichtspunkte in der dießfalls freilich sehr uneinigen gemeinrechtlichen Theorie [58]) wenigstens vereinzelt die Ansicht vertreten, daß der Schiedseid von und an den (dispositionsfähigen) Meineidigen ohneweiters deferirt und referirt werden kann, aber „für die Ausschwörung des demselben auferlegten Eides auf Ansuchen des Gegners ein curator ad hoc zu bestellen" sei [59]); bezüglich der hier unter a.) genannten Personen kann sich diese Frage gar nicht ergeben, weil dieselben ebenso wenig dispositions-, als eidesfähig sind.

Allein diese aus der Natur des Schiedseides und dem allgemeinen Charakter des Verfahrens, in welchem derselbe Anwendung findet, sich ergebenden Erwägungen sind schon an sich nicht so ausschließlich entscheidend, als es den Anschein hat und können insbesondere für die Behandlung des Eides im canon. Rechte nicht geltendgemacht werden. Denn zunächst ist doch nicht zu übersehen, daß die Eidesdelation im Grunde genommen immer auch das Erbieten des Deferenten zum eigenen Eide über das betreffende zu beweisende Factum in sich schließt. Nach römischem und canonischem Rechte hat der Delat unzweifelhaft das Recht, den ihm zugeschobenen Eid entweder anzunehmen und zu schwören, oder zurückzuschieben und den Eid des Deferenten zu verlangen; weder das römische, noch das canonische Recht kennt außer der durch die Natur der angestellten Klage (actio famosa) begründeten Ausschließung der Relationsbefugniß in l. 11. § 1. 3; l. 12. 13. D. de act. rer. amot. (25. 2.) u. c. 36. pr. X. h. t. (2. 24) Gründe, welche das Recht des Delaten zu diesem alternativen processualen Vorgehen ausschließen oder beeinträchtigen könnten und nur das „nolle nec jurare, nec jusjurandum referre manifestae turpitudinis et con-

---

[56]) Der Zusammenhang der Delations- und Relationsfähigkeit mit der legitima persona standi in judicio fällt von selbst auf.

[57]) l. 26. pr. D. de jurejur. (12. 2.)

[58]) Vgl. Die Citate oben Note 55.

[59]) Wetzell l. c. S. 230. Note 19a. Darüber s. Endemann Beweisl. S. 482. 488 u. ff. u. Civilproc. § 201. II. A. 3. B. 8; Langenbeck l. c. S. 748. 761; Renaud l. c. § 132. II. u. III. Vgl. darüber auch Osterloh l. c. II. § 262. Note 43 und die oben Note 55 Citirten.

fessionis est“ [60]). Vermöge dieſes unbeſchränkten Rechtes des Delaten muß doch der Deferent bei jeder Eidesdelation gewärtigen, daß der Eid ihm zurückgeſchoben werden, es alſo auf ſeinen Eid ankommen wird [61]) und wenn die Eidesdelation ernſtlich gemeint ſein und den Deferenten zum Ziele führen ſoll, ſo muß er demnach auch immer in der Lage oder erbötig ſein, den Eid im Rückſchiebungsfalle zu leiſten [62]). Ja gerade nach römiſchem und canoniſchem Rechte tritt der Umſtand, daß die Eidesdelation immer auch das Erbieten des Deferenten zu eigener Eidesleiſtung überhaupt (abgeſehen von dem deferirten Eide, d. i. dem Eide über das zu beweiſende Factum ſelbſt) in ſich ſchließt, beſonders deutlich dadurch hervor, daß der Delat, bevor er ſchwört oder die Folgen der Eidesverweigerung übernimmt, von dem Deferenten in der Regel die Leiſtung des juramentum calumniae verlangen kann [63]), der Deferent alſo bei jeder Eidesdelation bereit ſein muß, wenigſtens dieſen Eid zu leiſten. Es hängt alſo immer lediglich vom Delaten ab, den Deferenten in der einen oder andern Weiſe zur Eidesleiſtung zu bringen und wenn dieſer dazu gar nicht fähig iſt, ſo iſt entweder (beim Verlangen des Calumnieneides) die Eidesdelation unwirkſam, oder (bei Zurückſchiebung des deferirten Eides) der Deferent ſachfällig [64]). Die Eidesdelation von Seite eines Eidesunfähigen, bei welcher alſo von Vornherein gewiß iſt, daß der Deferent die notwendigen Conſequenzen derſelben (Leiſtung des Calumnieneides und des zurückgeſchobenen Eides) abſolut nicht zu präſtiren vermag, könnte demnach keinen anderen vernünftigen Sinn haben, als den eines

---

[60]) l. 84. § 7. 8. 9; l. 38. D. h. t. (12. 2.); l. 25. § 1. D. de poc. const. (13. 5.) Die von der ſpäteren gemeinrechtlichen Theorie und Praxis angenommenen Gründe der Irreferibilität des Haupteides können weder aus dem römiſchen, noch aus dem canon. Rechte hergeleitet werden. S. Bayer l. c. § 267; Langenbeck l. c. S. 807 u. ff; Endemann Beweisl. § 120 u. Civilproc. § 202. I. B. 2. a, Renaud l. c. § 134. 135. 2; Wetzell l. c. S. 259. 260.

[61]) Und zwar um ſo mehr, als das röm. Recht von der Anſicht ausgeht: „quia nemo dubitat, modestius facere, qui referat, quam qui ipse juret“: l. 25. § 1. D. de pec. const. (13. 5.), was gewiß auch der ganzen Auffaſſung des canon. Rechtes über den Eid in hohem Grade entſpricht.

[62]) Die Befugniß des Deferenten, den Eidesantrag zurückzuziehen, beſteht nach erfolgter Relation nicht mehr. l. 11. 12. § 1. C. de reb. cred. (4. 1.). In der an letzterer Stelle gegebenen Begründung: „Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipse faciendа procuravit,“ wird der Deferent auch geradezu als derjenige bezeichnet, welcher durch die Eidesdelation die Zurückſchiebung des Eides und ſohin die Notwendigkeit der Ablegung des zurückgeſchobenen Eides ſelbſt herbeigeführt hat. Vgl. dazu die Begründung der Relationsbefugniß in l. 34. § 7. D. h. t. (12. 2.): „quum non deberet displicere conditio juris-jurandi ei, qui detulit.“

[63]) l. 34. § 4. l. 37. D. h. t. (12. 2.). S. dazu Endemann Beweisl. § 119. u. Civilproc. § 202. I. B. 1; Renaud l. c. § 135. 1.

[64]) l. 34. § 9. D. h. t. (12. 2.); l. 12. § 1. C. de reb. cred. (4. 1.). Vgl. Schmid l. c. II. § 159. i. f; Bayer l. c. S. 274; Renaud l. c. § 135. 1; Wetzell l. c. S. 256. 257.

Versuches, ob der Delat im concreten Falle von seinem Rechte zur Relation und zur Forderung des Calumnieneides wol Gebrauch machen werde [65]). Zu solcher lediglich versuchsweisen Verwendung im Processe ist aber die Eidesdelation doch wol schon an sich und auch nach römischem Rechte nicht bestimmt, ganz gewiß aber ist nach canonischem Rechte ein derartiges Versuchsspiel mit der Eidesdelation durchaus unzulässig. Denn daß im canonischen Rechte auf Grund der kirchlichen Lehre wenn auch nicht der Gebrauch des Eides überhaupt, so doch jedwede mißbräuchliche Verwendung desselben auf das Entschiedenste untersagt ist, steht fest [66]) und es dürfte doch wol kaum ein Zweifel darüber obwalten, daß in einer solchen bloß versuchsweisen Verwendung des Eides im Processe, in dem Gebrauche desselben unter Umständen, nach welchen von Vornherein gewiß ist, daß die Person, zu deren Eide dieser Gebrauch immer und leicht führen kann, gar nicht schwören darf, ein ziemlich arger Mißbrauch des Eides erblickt werden muß. Das canonische Recht hat weder die Vergleichsnatur des Schiedseides geradezu beseitigt, noch den allgemeinen Charakter des Verfahrens geändert, in welchem derselbe Anwendung findet, es kann nur jene Consequenzen nicht anerkennen, welche sich daraus für die Verwendung des Eides im Processe an sich ergeben und mit der kirchlichen Lehre und seiner allgemeinen Auffassung über den Eid im Widerspruche stehen und demnach hat wenigstens nach canonischem Rechte die Eidesunfähigkeit auch beim Schiedseide trotz der oben ausgeführten Argumente die Wirkung, daß derselbe weder von, noch an einen Eidesunfähigen deferirt werden kann [67]).

---

[65]) Daher kommt denn auch die in der gemeinrechtlichen Theorie vertretene Ansicht von der Zulässigkeit der Eidesdelation von Seite eines Meineidigen (s. die Citate in Note 55 u. 59.) entweder zu dem Resultate, daß in solchem Falle „der Delat das juramentum calumniae vom Deferenten nicht fordern, auch demselben den Eid nicht referiren könne," worin doch eine ganz unzulässige Verkürzung der processualischen Rechte des Delaten liegt, oder zu dem Resultate, daß da „freilich der Delat die Wirkung einer solchen Eideszuschiebung beliebig vereiteln kann, denn er braucht nur von dem Deferenten den Gefährdeeid zu fordern, diesen darf der (überhaupt eidesunfähige) Deferent nicht schwören, und ohne vorgängige Leistung des Calumnieneides ist auch der Delat nicht schuldig, den Haupteid zu leisten", — was doch auf ein nicht minder unzulässiges Spiel mit der Eidesdelation hinausläuft.

[66]) c. 1—10. C. 22. q. 1; c. 26. X. h. t. (2. 24.). Vgl. Eichhorn l. c. II. S. 529 u. ff; Phillips l. c. II. § 310. II.

[67]) Bezüglich des Delaten bemerkt schon Endemann Beweisl. S. 487 (vgl. dazu ebenda § 114 u. Civilproc. § 201. II. A. B): „Das canon. Recht hingegen erklärt Unmündige bis zu einem gewissen Alter und Meineidige für geradezu eidesunfähig. Die Folge dieser Maßregel ist die, daß einmal der Richter ihr zuwider keinen Beweis- oder Zeugeneid verlangen kann ... Sie muß aber auch ferner, da sie als Prohibitivgesetz, über den Parteiwillen gestellt wird, die Eidesdelation unmöglich machen. Der Eid des Unfähigen kann auch nicht einmal paktweise zum Zweck der Streiterledigung veranlaßt werden." Bei der unbeschränkten Relationsbefugniß des Delaten ist dieß doch auch auf den Deferenten ganz anwendbar. Bezüglich des im röm. Rechte (l. 26. pr. D. h. t. s. oben Note 57.) als wirksam anerkannten Eides des Pupillen bemerkt auch Wetzell l. c. S. 280. Note 16:

2.) Ueber die Art der Ablegung des Eides enthält das canonische Recht bestimmte Vorschriften, welche jedoch zum Beweisverfahren gehören und daher im zweiten Abschnitte zur Darstellung gelangen werden. Hier ist nur hervorzuheben, daß zur Beweiskraft des Eides auch die Ablegung desselben in der gesetzlich bestimmten Form erforderlich ist und daß diese letztere schon dem Begriffe des Eides gemäß die Beziehung auf Gott jedesfalls ausdrücklich enthalten muß[67]. Wer nach seinen religiösen Anschauungen den Eid in dieser gesetzlich bestimmten Form nicht zu leisten vermag, der kann nach canon. Rechte nur als den Eid verweigernd angesehen werden. Denn das canon. Recht anerkennt derartige religiöse Anschauungen ebenso wenig, als es die Ablegung des Eides in einer anderen, diesen etwa entsprechenden Form zuläßt, es kann daher auch eine Berechtigung der Berufung auf solche religiöse Begriffe nicht anerkennen und muß consequent denjenigen, der unter dieser Berufung den Eid nicht ablegt, ebenso behandeln, wie denjenigen, der die Ablegung des Eides ohne allen Grund unterläßt, d. i. verweigert[68]. Was endlich

3.) den Inhalt des Eides betrifft, so ist die Beschränkung der Zulässigkeit des Eides auf Thatsachen dem canon. Rechte noch fremd[69], die Zuschiebung und Ablegung des Eides über das streitige Rechtsverhältniß im Ganzen ist weder durch gesetzliche Bestimmungen ausgeschlossen, noch in der Praxis außer Anwendung gekommen; im Gegenteile, wie die Beilagen Nr. 63, 64 u. 65 darthun, wird noch Ende des 15. Jahrh. in den geistlichen Gerichten der Eid: „se non esse debitorem“ oder „sibi teneri et obligatum esse“ u. dgl. zugeschoben und abgelegt. Allein bei letzterem ist nicht die eigentlich beweisende Wirkung, sondern der Vergleich entscheidend. Von einer rationellen Beweiskraft des Eides kann nur die Rede sein, wenn eben das zu beweisende Factum den Inhalt desselben bildet und es ergibt sich von selbst, daß zur Sicherung dessen genaue

---

„nach canon. Rechte aber muß man annehmen, daß in diesem Falle der Richter den Unmündigen nicht zum Eide zulassen dürfe.“

[67]) Ohne daß es jedoch gerade auf das Wort ankommt. c. 7—11. C. 22. q. 1; c. 1. 26. X. h. t. (2. 24). Vgl. Schmaizgrueber jus. can. II. 24. § 1. Nr. 2; Phillips l. c. II. § 310. I; Walter l. c. § 354; Müller l. c. II. S. 670; Richter-Dove l. c. § 288. III; Wetzell l. c. S. 229; Renaud l. c. § 128.

[68]) Daß die staatlichen Proceßgesetze dießfalls auf einem ganz anderen, durch die gesetzliche Anerkennung verschiedener Religionsgesellschaften und deren Gleichberechtigung bestimmten Standpunkte stehen, versteht sich von selbst. Die Gestaltung und Anerkennung verschiedener, dem Glaubensbekenntnisse der verschiedenen Religionsgenossenschaften entsprechenden Eidesformen liegt eben in der Consequenz der gesetzlich festgestellten Gleichberechtigung derselben. Doch macht auch da „die Verfagung einer dem Glaubensbekenntniß entsprechenden Formel der Dissidenten“ thatsächlich nicht bloß eidesunfähig, wie Endemann Civilproc. § 203. I. B. I. Note 17. (vgl. desf. Beweisl. §. 127.) meint, sondern stellt dieselben als eidverweigernd hin. S. Wetzell l. c. S. 229. 230. Note 14; Renaud l. c. § 128. Note 28.

[69]) Vgl. dießfalls Linde l. c. § 302. Note 15, Heffter l. c. § 229. Note 61; Bayer l. c. S. 884, Endemann Beweisl. § 116 u. Civilproc. § 201. III. A. 1; Zanzenbeck l. c. S. 765 u. n, Renaud l. c. § 128. I.

Präcisirung des Eidessatzes erforderlich ist. Kraft der vom canonischen Rechte geforderten veritas in mente muß der Schwörende diesen Eidessatz nicht bloß äußerlich genau so, wie er präcisirt wurde, in der gesetzlichen Form hersagen, sondern es muß auch das innerliche Bewußtsein des Schwörenden mit diesem Eidessatze auf das Genaueste übereinstimmen und es ist daher jedwede bei Ablegung des Eides von dem Schwörenden innerlich etwa hinzugedachte Modification an Sinn und Wort des ausgesprochenen Eidessatzes durch Restriction, Erweiterung, Vorbehalt u. dgl. (sog. Mentalreservationen) nicht bloß in juristischer Beziehung durchaus unzulässig und unwirksam, sondern macht auch das Gewissen des Schwörenden für solche Abweichung im vollen Umfange verantwortlich. Das canonische Recht verlangt für den Inhalt des Eides insbesondere justitia in objecto. Dieß ist meines Erachtens nicht so aufzufassen, daß das, was der Eid überhaupt zum Gegenstande hat, gerecht sein müsse, sondern vielmehr so zu verstehen, daß das, was der Eid enthält, den Grundsätzen der Gerechtigkeit entsprechen müsse[71]); denn es kann doch keinen Augenblick zweifelhaft sein, daß etwas durchaus Ungerechtes und Unsittliches (z. B. die c. 18. X. h. t. erwähnte Beibehaltung falscher Münze) Gegenstand des Eides sein kann und daß sowol (assertorisch) die Bestätigung, daß so etwas geschehen sei, als auch (promissorisch) die Zusicherung, so etwas nicht thun zu wollen, eine durchaus zulässige und gerechte Sache ist. Der zum Beweise im Processe verwendete assertorische Eid enthält nun die Aussage über eine Thatsache oder ein Verhältniß und solches Aussagen vor Gericht zum Behufe der Wahrheitserforschung ist immer etwas Gerechtes, wenn die Aussage nicht durch besondere gesetzliche Bestimmung ausdrücklich untersagt ist. Daher verlangt dieses Erforderniß der justitia in objecto beim Beweiseide im Processe nur, daß die im Eide enthaltene Erklärung nicht gegen eine gesetzlich begründete Verpflichtung zur Verschwiegenheit (wie beim Beichtsiegel, Amtsgeheimnisse) verstoße[72]).

---

[71]) Die Ansichten hierüber sind sehr verschieden: Schmalzgrueber erklärt l. c. II. 24. § 1. Nr. 5: „In justitia (jurat), qui .... si assertorium (juramentum sit), eo asserit, quod asseri sine cujusquam injuria potest;" Eichhorn l. c. II. S. 580 versteht unter justitia in obj., „daß ein Eid nur über einen Gegenstand abgelegt werden dürfe, den man rechtmäßiger Weise beschwören könne"; Müller Lexikon des KR. II. S. 667: „Gerechtigkeit, d. h. der Gegenstand des Eides muß rechtmäßig sein und über eine sündhafte Handlung darf gar nicht, über eine gerechte aber nie leichtsinnig und ohne Not ein Eid abgelegt werden"; Phillips l. c. II. § 310. III. 3: „Die Justitia in objecto besteht darin, daß die Sache selbst, um derentwillen der Eid geleistet werden soll, eine gerechte sei;" Walter l. c. § 354: „Viertens endlich muß der Eid aus einem rechtmäßigen Grunde, d. h. zu einem nicht bloß erlaubten, sondern auch erheblichen Zwecke geleistet werden;" Richter-Dove l. c. § 188. II. Das Erforderniß der justitia in objecto „ist nicht so zu verstehen, daß es hinreiche, wenn das Verhältniß, rücksichtlich dessen geschworen wird, ein an sich erlaubtes ist, sondern so, daß überhaupt nur dann zu dem Eide soll gegriffen werden, wenn der Glaube an die Wahrhaftigkeit einer Aussage schlechthin nur auf diesem Wege gewirkt werden kann."

[72]) In diesem Sinne hat schon Pachmann Lehrb. des K. R. (3. Aufl. Wien 1865.) II. § 304. c. dieses Erforderniß aufgefaßt.

Der Gegenstand aber, über welchen der Eid geleistet werden soll, hat einen wesentlichen Einfluß auf das natürliche Gewicht der im Eide liegenden Ueberzeugungsgründe. Es wurde schon oben hervorgehoben, daß dieses Gewicht um so mehr abnimmt, je mächtiger das Interesse ist, das der Schwörende an der Feststellung oder Nichtfeststellung der zu beschwörenden Thatsache und an der davon abhängigen Entscheidung hat, und daß jene indirecte Verstärkung der Wirkung eidlicher Bekräftigung, welche beim Schiedseide insbesondere aus der Vergleichsnatur desselben, aus der eigenen Anerkennung der Wahrheit des Beschworenen durch den Deferenten resultirt, dort gänzlich fehlt, wo es sich um Gegenstände handelt, welche der Privatdisposition der Parteien entrückt sind, ergibt sich von selbst. Dazu kommt, daß je sorgfältiger und vorsichtiger die Gesetzgebung einen Gegenstand wegen seiner besonderen Natur behandelt wissen will, um so weniger sich ihr der Eid nach der Natur seiner Ueberzeugungsgründe zum Beweise derjenigen Thatsachen empfehlen kann, welche das Fundament der Entscheidung über diesen Gegenstand bilden. Daher läßt das canon. Recht die Verwendung des Eides zum (selbstständigen[73]) Beweise im Strafprocesse in gar keiner Form zu. Denn abgesehen davon, daß das die Beweiskraft des Eides erschütternde Interesse der schwörenden Partei hier eben am Mächtigsten hervortritt und daß diese Erkenntniß auch dem canonischen Rechte nicht fremd blieb[74]), war es ja gerade das canonische Recht, welches den auch dem heutigen Strafverfahren zu Grunde liegenden Gedanken, daß hier die Wahrheitserforschung gänzlich unabhängig von der Thätigkeit und dem Willen der Partei zu erfolgen habe, durchführte und zur allgemeinen Anerkennung brachte[75]), und mit diesem Principe steht die Verwendung des Eides in irgendwelcher selbstständiger Beweisfunction durchaus im Widerspruche[76]). Allerdings spielt der Reinigungseid des Beschuldigten, resp. Verdächtigten mit dem Eide der damit in der Verbindung behaltenen Eidhelfer in dem canonischen Strafverfahren auch nach Innocenz III. noch eine sehr hervorragende Rolle in der purgatio canonica; allein der Reini-

---

[73]) Die auch hier wirksame Beweisfunction des Zeugen- und Sachverständigeneides wurde bereits charakterisirt.

[74]) „Propter metum perjurii" ist der von den Canonisten für die Ausschließung angegebene Grund: Vgl. Devoti l. c. lib. III. tit. 9. § 26. Auch der häufig dafür angeführte Grund, daß im Strafproc. „probationes plenissimae, luce meridiana clariores" erforderlich seien, läuft schließlich darauf hinaus. Mit Rücksicht darauf wollte die ältere Doctrin wenigstens den notwendigen Eid auch in den causae civiles magnae et arduae ausschließen; vgl. dießf. die teilweise abweichenden Ansichten bei Durantis l. c. lib. II. p. II. de juramenti delat. Nr. 5. 6; Schmalzgrueber l. c. II. 24. Nr. 16. 17. 32. 33. 47—53; Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 9. Nr. 31 u. ff.

[75]) S. hier I. Teil S. 7 u. ff. S. 110; Biener l. c. S. 38 u. ff; Moliter canon. Gerichtsverf. (Mainz 1856.) S. 50 u. ff. 173 u. ff; Hinschius in Holtzendorff's Encyclop. S. 135. 136; Richter-Dove Lehrb. des K. R. § 226.

[76]) Vgl. Mittermaier Beweisl. § 66 u. dtsch. Strafverf. II. § 184; Zachariae Hdbch. des Strafproc. II. § 119. I; John in Holtzendorff's Encyclop. S. 612.

gungseid hat, wie oben ausgeführt wurde, schon im Civilprocesse keine eigentliche Beweisfunction, noch weniger hat er solche im Strafprocesse. Denn erstlich ist der Gegenstand des in der purgatio canonica zu leistenden Eides nicht die Wahrheit oder Unwahrheit einer einzelnen Thatsache, sondern die ganze, sonst erst nach dem Gesammtresultate des Processes zu entscheidende und in der Regel von der Feststellung und Würdigung einer Reihe von That- und Rechtsfragen abhängige Frage der Begehung des bestimmten Verbrechens durch den Beschuldigten, also der Schuld oder Unschuld[77]), und sodann betrachtet das canonische Recht die Leistung dieses Reinigungseides nicht als einen feste Ueberzeugungsgründe involvirenden Beweis für diese oder jene Thatsache, sondern vielmehr als ein arbiträres, gerade in Ermangelung festen Beweises für oder wider anwendbares, resp. erforderliches Mittel zur Tilgung des auf dem Verdächtigen haftenden Makels[78]) und selbst die mittelbare Wirkung der Entkräftung vorliegender Verdachtsmomente kann hier nicht als eine Beweiswirkung bezeichnet werden. Das ganze Institut der purgatio canonica ist daher nicht als ein Beweisinstitut im Strafverfahren, sondern als ein außerordentliches Rechtfertigungsinstitut zu betrachten, von welchem dann Gebrauch zu machen ist, wenn die eben vom Beweise abhängigen ordentlichen Mittel der Strafverhängung, (Sühne) oder der Freisprechung nicht anwendbar sind[79]).

Im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten muß man zwei verschiedene Categorien von Fragen unterscheiden, welche da zur Entscheidung kommen können; einmal die Fragen nach dem Bestande oder Nichtbestande der kirchlich spirituellen

---

[77]) Das Erbieten zum Reinigungseide „sub hac forma, videlicet, quod immunis erat ab illis criminibus, super quibus se purgare debebat“ verwirft Innoc III. in c. 16. X. de purg. can. (5. 34.) aus Besorgniß, es könnte dieser Inhalt des Eides nur deßhalb gewählt sein „quod immunis erat ab illis criminibus, de quibus fuerat infamatus, tanquam, dimissis per poenitentiam, jam esset immunis ab illis“ und verordnet „ut, si voluerit et potuerit secundum hanc formam se purgare, secundum sanum intellectum, quem ei duximus exprimendum, videlicet, quod illa crimina graviora, id est simoniam, venditionem justitiae atque incontinentiam, de quibus infamatus exsistit, juret se minime commisisse, postquam ad archiepiscopalem promotus est dignitatem; et compurgatores sic jurent, quod credunt eum verum jurasse.“ cf. c. 5. X. eodem.

[78]) Das „se purgare, expurgare, purgare malam famam s. infamiam“ ist Zweck und Wirkung des Eides. Kann der Verdächtigte Beweis zu seinen Gunsten erbringen, dann ist er nicht bloß purgirt, sondern durch förmliche Schuldloserklärung gerechtfertigt. Vgl. Mittermaier Beweisl. §. 67. 68 u. Strafverf. II. § 185; Zachariae l. c. II. § 149. II.

[79]) Vgl. Durantis l. c. lib. III. p. I. de abolitione et purgatione § 2; Molitor l. c. S. 51. 106. 186 u. ff; Phillips l. c. II. § 217; Walter l. c. § 194; Richter-Dove l. c. § 226; namentlich Hildenbrand: Die purgatio canonica und vulgaris. (München 1841.) § 3. 4. 18. 21. 36. 37. 45. Selbst die in dieser vortrefflichen Untersuchung (§ 22. 23.) vertretene Ansicht, daß die purg. can. auch nur eine bestimmte Zeitperiode hindurch als „Wahrheitserforschungsmittel“, als wirkliches „gerichtliches Beweismittel“ behandelt worden sei, das den für das Straferkenntniß erforderlichen „Grad richterlicher Ueberzeugung“ bezweckt und bewirkt, scheint mir durch die gegebene Darstellung keineswegs begründet.

Sache und deren wesentlichen Wirkungen (z. B. Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Ehe oder Ordensprofeß, eheliche Lebensgemeinschaft oder deren Aufhebung durch Scheidung von Tisch und Bett) und sodann die anderweitigen, damit mehr oder weniger im Zusammenhange stehenden Fragen (z. B. Eheverlöbniß, vermögensrechtliche, mit dem Nullitäts- oder mit dem Scheidungsproceſſe verbundene Fragen). Zur Feſtſtellung derjenigen Thatſachen, von welchen eine Frage der erſteren Categorie abhängig iſt, läßt das canon. Recht den Eid in keinerlei ſelbſtſtändiger Beweisfunction (weder als Schiedseid, noch als nothwendigen Eid) zu. Für dieſe gilt das nemliche Princip der Nothwendigkeit officieller, von der Thätigkeit und dem Willen der Parteien unabhängiger Wahrheitserforſchung, wie im Strafproceſſe und wenn dieß, wie allgemein anerkannt wird[80]), richtig iſt, dann iſt einerſeits der Erfüllungseid ſeiner durch das Intereſſe der Partei beeinflußten Natur wegen ebenſo wenig verwendbar, als der Schiedseid und macht es andererſeits auch keinen Unterſchied, ob die Thatſache, welche durch den Eid zu erweiſen wäre, für oder gegen den Beſtand des Spirituellen und ſeiner weſentlichen Wirkungen (alſo z. B. im Eheproceſſe für oder gegen die Giltigkeit der Ehe, für die Fortdauer der ehelichen Lebensgemeinſchaft oder für Scheidung von Tiſch und Bett) entſcheidet. Denn es handelt ſich da doch um Erforſchung der (materiellen) Wahrheit überhaupt und da kann denn doch die Frage, ob dieſelbe zu dieſem oder zu jenem Proceßreſultate führen werde, für die Art, ſie feſtzuſtellen, nicht entſcheidend ſein. Es wäre meines Erachtens entſchiedene Corruption des Princips, zu behaupten: dann, wenn eine Thatſache gegen z. B. die Giltigkeit der Ehe ſpricht, müſſe die Wahrheit derſelben auf das Sorgfältigſte und mit Ausſchluß aller zur Conſtatirung materieller Wahrheit ihrer Natur nach nicht vollkommen geeigneten Mittel (des Geſtändniſſes und des Eides) feſtgeſtellt werden, dann aber, wenn die Thatſache

---

[80]) Vgl. Schulte Darſtellg. des Proceſſes vor den kath. geiſtl. Eheger. Oeſterr. (Gießen. 1858.) S. 11. 106 u. ff; Kutſchker Eherecht. (Wien 1857.) V. § 383. 384. Die Beſtimmung des c. 11. X. de transact. (1. 36.) (vgl. c. 9. X. de in integr. rest. 1. 41.): „Poteris ad componendum interponere partes tuas et interdum aliquid severitati. . . ., exceptis nimirum casibus, qui compositionis, sive dispensationis remedium non admittunt, utpote conjugii sacramentum“ etc. drückt dieſes Princip nicht vollſtändig aus: es wird eben hier nur die Conſequenz der weiter reichenden „severitas canonica“ ſpeciell auf die Unzuläſſigkeit der „compositio“ gezogen und es muß beſonders hervorgehoben werden, daß die Dispoſitionsbefugniß der Partei über den Streitgegenſtand für ſich allein in der hier erörterten Frage nicht entſcheidend iſt, ſondern es vielmehr auf den ganzen, durch das im Spiele ſtehende öffentliche Intereſſe beſtimmten Charakter des Verfahrens, alſo auf viel Umfaſſenderes ankommt. Die Anſicht, daß der Gebrauch des Eides als Beweismittel auch hier ohneweiters geſtattet ſei (ſ. Glück Erläuterung. Bd. XII. S. 270 u. ff; Gensler im civil. Arch. Bd. II. S. 36 u. ff; Martin l. c. § 224 Note t und die von dieſen Cit.), iſt mit der Behauptung, daß „das Intereſſe des Staates und der Kirche an dem Fortbeſtehen oder Auflöſen einzelner, in ein ſtreitiges Verhältniß eingetretener Ehen nicht ſo unmittelbar und ſtark ſei, daß deßhalb der Gebrauch der Eidesdelation prohibirt zu werden brauche“ (Gensler l. c. S. 37.) gewiß nicht begründet.

für die Giltigkeit der Ehe spricht oder wenn es sich um Leugnung einer gegen die Giltigkeit der Ehe sprechenden Thatsache handelt, brauche man es mit der Wahrheit derselben nicht so streng zu nehmen und könne zu ihrer Feststellung auch sonst ungeeignete Mittel verwenden. Das canon. Recht hat nun allerdings manche Bestimmungen im Eherechte ausgesprochenermaßen nur „propter favorem matrimonii“ getroffen[81]), allein eine so parteiische Behandlung des Eheprocesses hat es gegen sein eigenes Princip weder ausdrücklich sanctionirt, noch kann solche aus diesem allgemeinen favor matrimonii deducirt werden; zu Behauptungen dieser Art hat sich eben nur der Uebereifer der Canonisten verstiegen[82]). Auch das steht nicht entgegen, daß in c. 2. C. 33. q. 1, c. 10. X. de desponsat. impub. (4. 2.), c. 5 u. 7. X. de frig. et malef. (4. 15.) der Gebrauch des Eides gerade im Vincularprocesse ausdrücklich erwähnt und bestätiget wird; denn abgesehen davon, daß es sich da meist um den der Natur der Sache nach eigentümlichen Beweis der Impotenz handelt, ergibt der Inhalt aller dieser Stellen ganz unzweifelhaft, daß der da erwähnte Eid gar keine selbstständige Beweisfunction hat. Die Gründe, aus welchen der die Ungiltigkeit der Ehe bewirkende

---

[81]) z. B. c. 7. X. de condition. appos. (4. 5.). Auch die Einführung des defensor matrimonii und dessen Beruf im Vincularprocesse beruht im Wesentlichen darauf: Const. Benedicti XIV. Dei miseratione § 5 u. ff. bei Schulte Eherecht S. 465 u. ff.

[82]) S. Schmalzgrueber l. c. II. 24. Nr. 51 und die Zusammenstellung der dießfälligen Ansichten bei Kutschker l. c. V. § 431. 433. 434, sowie die da angeführten Bestimmungen der ganz auf diesem falschen Standpunkte stehenden Instruction für die geistl. Eheger. Oesterreichs v. 8. Okt. 1856, womit auch zu vgl. ist Danz ordentl. Proceß. § 870 (dagegen Schmid l. c. II. §. 161 i. f.) u. Renaud l. c. § 133. i. f. Die Meinung, daß im Vincularprocesse der Eid wenigstens dann, wenn es sich darin um ein impedimentum privati juris handelt, in der auf Giltigkeit der Ehe ausschlagenden Richtung zulässig sei, hat zwar die Erwägung für sich, daß in diesen Fällen die Geltendmachung des Ehehindernisses der Disposition der Partei unterliegt; allein eben nur die Geltendmachung des Ehehindernisses, d. h. die Frage, ob der Vincularproceß zu führen sei oder nicht, unterliegt dieser Disposition; auf die Art der Führung des Processes und insbesondere der Wahrheitserforschung in demselben, wenn eben das Hinderniß geltend gemacht wurde und der Proceß geführt werden muß, hat dieser Umstand keinen Einfluß; denn es ist sehr wol zu beachten, daß diese impedimenta privati juris keineswegs bloß aus Rücksicht auf das Privatinteresse, sondern auch aus Rücksicht auf das öffentliche Interesse constituirt sind, und daß sonach eine allseitige Dispositionsbefugniß der Partei aus der Natur derselben keineswegs begründet werden kann. Gegen die Ansicht aber, daß die Eidesdelation zwar zulässig sei, aber „im Falle der Eidesverweigerung die Annahme eines gerichtlichen Geständnisses nicht eintreten könne“ (Bayer l. c. S. 883; Renaud l. c. § 133 i. f.), bemerkt schon Schulte EheR. S. 456. 457 ganz treffend, daß „das ebensoviel ist, als den Eidesantrag überhaupt ausschließen. Denn ein Eidesantrag ohne die im Rechte für den Fall der Nichtableistung ausgesprochene präjudicielle Folge kann nicht im Ernste als Beweismittel angesehen werden, weil er dann eben nicht das Beweismittel wäre, welches der Eid sein soll.“ Der in c. 34. X. h. t. (2. 24) erwähnte Eid ist kein Beweiseid (weder Schiebseid, noch notwendiger Eid), sondern das als Abart des generellen Calumnieneides bekannte juram. de veritate dicenda, welches im Verfahren in spirituellen Sachen stets in Verwendung kommt. Die Stelle zeigt auch, daß der erwähnte Eid keinen Beweiseffect hatte.

Umstand als wahr erkannt wird, sind in allen diesen Fällen ganz andere, als der erwähnte Eid des, resp. der Scheinehegatten, sie gehören dem indirecten oder dem Indicienbeweise an, der größtenteils mit Eidhelfern geleistete Eid dient nur als ein bei Beweisführungen dieser Art immer erwünschtes und nach Lage der Umstände hier leicht zugängliches Bestärkungsmittel für die den Beweis aufbauenden Schlußfolgerungen[83]) und hat daher ebenso wenig die Natur eines eigentlichen Beweismittels, wie das in diesem Verfahren in großer Ausdehnung verwendete[84]) juramentum de veritate dicenda. Das erwähnte Princip der Notwendigkeit officieller Constatirung der materiellen Wahrheit, welches die Ausschließung jeder selbstständigen Beweisfunction des Eides bedingt, gilt nicht bloß für den Vincular- oder Nullitätsproceß, sondern auch für die Hauptfrage des Scheidungsprocesses, d. h. dann, wenn es sich um die wesentlichen Wirkungen des Spirituellen handelt. Die Frage nach diesen liegt in der einfachen Consequenz der Frage nach dem Bestande oder Nichtbestande des Spirituellen, sie teilt mit dieser den gleichen Charakter und erfordert daher im Wesentlichen auch die gleiche processualische Behandlung. So wenig zum Beweise eines Umstandes, von welchem die Giltigkeit der Ehe abhängt, der Eid verwendet werden kann, ebenso wenig kann er zum Beweise eines Umstandes, von welchem die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft abhängt (eines Scheidungsgrundes), sei es in der Gestalt des Schiedseides oder des notwendigen Eides verwendet werden. Denn abgesehen von der erwähnten Forderung der Consequenz wird durch die Frage nach Aufrechthaltung oder Aufhebung der Lebensgemeinschaft beim Bestande einer giltigen Ehe das öffentliche Interesse nicht minder berührt, als durch die Frage nach dem Rechtsbestande der Ehe selbst, und daß den Ehegatten kein freies Dispositionsrecht über die eheliche Lebensgemeinschaft zusteht, ist nach canon. Rechte zweifellos[85]); es bestehen daher auch für diese Frage diejenigen Gründe, welche für die processualische Behandlung derselben beim Beweise das oben angeführte Princip und mit demselben die Ausschließung des Eides von jedweder selbstständigen Beweisfunction bedingen[86]). Nur in der

---

[83]) S. auch Schulte EheR. S. 457. Der in c. 10. X. cit. erwähnte Eid erscheint fast wie ein Reinigungseid, rücksichtlich des Eides der übrigen Stellen weist schon das Verhältniß des Eidessatzes: „quod nunquam per carnis copulam una caro effecti fuissent", resp. „se commisceri carnaliter nequivisse" zu dem eigentlichen Beweisthema, daß unheilbare, schon zur Zeit der Eingehung der Ehe vorhandene Impotenz vorliege, auf die angegebene Stellung des Eides hin.

[84]) S. hier I. Teil S. 72 u. die Beilagen Nr. 133 u. ff.

[85]) Die ganz beschränkte Zulässigkeit einverständlicher Scheidung nach canon. Rechte (X. de conversione conjugat. 3. 32) begründet ein derartiges Dispositionsrecht nicht.

[86]) Vgl. Schmid l. c. II. § 161. S. 344. u. Note 11. Wetzell l. c. § 27 Note 29 u. § 26. Note 9 u. die bei Renaud l. c. § 133 Note 48 Citirten. Dagegen die ebenda Note 47 Citirten, dann § 253 der österr. Instruction v. 8. Okt. 1856, Knolschker l. c. V. § 434. Auch Schulte EheR. S. 454—456 sagt dagegen: „Es ist wol außer Zweifel, daß der Beweis der Nichtigkeit der Ehe ein anderer sein muß, als der einer Trennungs-

die Wahrheitserforschung unterstützenden, das Gewicht anderweitiger, vom Richter herangezogener Beweisgründe verstärkenden Function, wie sie im Vincularprocesse statthat, kann der Eid selbstverständlich auch hier zur Verwendung kommen. Die Fragen der zweiten oben bezeichneten Categorie hingegen (Eheverlöbniß, vermögensrechtliche Fragen im Vincular- oder Scheidungsprocesse) stehen dem öffentlichen Interesse fern, sie sind wesentlich civilrechtlicher, auch das Dispositionsrecht der Parteien in keiner Weise beschränkender Natur und setzen daher der Verwendung des Eides zum Beweise der sie bestimmenden Thatsachen auch keine besonderen Schranken.

---

6. Capitel.

Indicien*).

Indicien sind solche Thatsachen oder Umstände, welche mit einer anderen Thatsache in derartiger Verbindung stehen, daß von ihnen nach Vernunft und

---

ursache, weil es sich dort um die Ungiltigkeit des Actes handelt, der Sakrament ist .... Bei der Ehetrennung ist aber auch nicht bloß auf das Interesse der Privaten Rücksicht zu nehmen, die Kirche concurrirt dabei unbedingt ..., das Interesse der Kirche ist dabei ebenso sehr maßgebend, und dieß ist nicht bloß in Bezug auf deren (der Ehe) Rechtsbestand, sondern auch in Bezug auf den äußeren Bestand derselben der Fall .... Hieraus ergibt sich zur Genüge, daß nicht unbedingt und als alleiniges Beweismittel für die Separation der Eidesantrag zuläßig ist .... Hingegen ist auch eine unbedingte Ausschließung desselben nicht notwendig. Durch die Separation der Ehegatten wird das Interesse der Kirche am Bestande der Ehe berührt, weßhalb dieselbe weder direct, noch indirect in den ausschließlichen Willen jener gesetzt werden kann; zunächst aber handelt es sich doch immer um die Entziehung eines den Ehegatten zustehenden Rechtes für den einen und die Lösung der Verpflichtung des anderen zu dessen Gewährung wie des letzteren freiwilliges Aufgeben des Rechtes. Der Beweis des Factums, wodurch dieß begründet werden soll, kann folglich ... durch den Eidesantrag unbedingt(?) geführt werden .... Den Ergänzungs- und Reinigungseid muß man aber wol für unanwendbar erachten." Dieß scheint mir etwas unklar und unschlüssig. Ist wirklich auch bei dieser Frage das öffentliche Interesse im Spiele, ja maßgebend, dann muß man meines Erachtens auch die Consequenz dessen rücksichtlich der Behandlung der Frage beim Beweise ziehen, u. z. selbst dann, wenn es sich da wirklich „zunächst immer um Entziehung eines den Ehegatten zustehenden Rechtes für den einen ꝛc." handeln würde. Dieß ist aber gar nicht der Fall. Das Recht, das eheliche Beisammenleben zu fordern und die Verpflichtung, dasselbe zu gewähren, sind auf beiden Seiten gleichmäßig vorhanden und es handelt sich im Scheidungsprocesse in erster Linie nicht um das Aufgeben dieses Rechtes, sondern um die Lösung dieser Verpflichtung und dafür hat das freiwillige Aufgeben des dieser Verpflichtung correspondirenden Rechtes von der anderen Seite eben wegen des öffentlichen Interesse am Bestande dieses Beisammenlebens keine Bedeutung. Ueber die ganze sehr controverse Frage der Zuläßigkeit des Eides zum Beweise in Ehesachen s. noch insbes. Glück Erl. Bd. XII. S. 270 u. ff.; Schmid l. c. II. § 161; Uehlein im Arch. f. civil. Prax. Bd. XII. S. 15 u. ff.; Langenbeck l. c. S. 764 u. ff.; Endemann Beweisl. S. 495. 496. 576 u. ff. u. Civilproc. § 201 III. A. 2. 3. Note 60. u. § 204. III.

*) D. de prob. et praesumt. (22. 3.); X. de praesumpt. (2. 23.). Globig l. c.

Erfahrung auf die Existenz oder Nichtexistenz der letzteren geschlossen werden kann. Ist diese andere Thatsache das im Civil- oder im Strafprocesse zu beweisende Factum, so fällt von selbst auf, daß jene Umstände auch zum Beweise im Processe, der ja im Wesentlichen nur durch Schlußfolgerungen zu gewinnen ist, verwendbar sind. Diese Verwendbarkeit oder die Qualificirung eines Umstandes zum Indicium hängt also zunächst von der Verbindung ab, in welcher derselbe mit der im Processe zu erweisenden Thatsache steht, und die Art der Verwendung ist durch die Möglichkeit vernünftiger Schlußfolgerung von ersterem auf letztere gegeben. Handelt es sich um den Beweis eines Factums, das ganz und gar isolirt steht, oder bezüglich dessen, da dieß bei den im Processe zur Sprache kommenden Verhältnissen wol nicht leicht denkbar ist, die Verbindung mit anderen Umständen ganz unbekannt ist, so kann natürlich von einer Beweisführung solcher Art nicht die Rede sein, aber auch wenn eine solche Verbindung wirklich besteht und erkannt ist, so kann sie noch immer verschieden und darnach auch der Schluß verschieden sein, der von dem einen Factum auf das andere zu ziehen ist. Lautet die aus der logischen Würdigung des Verhältnisses der beiden Thatsachen sich ergebende Schlußfolgerung dahin: wenn die Thatsache A besteht, so ist es gewiß, daß die zu erweisende Thatsache B nicht besteht, oder daß diese auch besteht, weil im ersteren Falle das Miteinander, im letzteren das Ohneeinander beider Thatsachen den Natur- oder den Denkgesetzen widerspricht, so liefert dieselbe Alles, was zum Beweise der Thatsache B erforderlich ist, ja sie bietet für die Ueberzeugung von der Existenz oder Nichtexistenz der zu beweisenden Thatsache eine noch festere Grundlage, als alle anderen Beweisgründe [1]). Allein eine solche Verbindung, resp. Schlußfolgerung gehört nicht dem Indicienbeweise an, eine Thatsache, welche diese Schlußfolgerung ergibt, ist mehr, als Indicium, sie ist, wenn sie feststeht, mit dem zu erweisenden Factum selbst, wenn ich mich so ausdrücken darf, aequivalent [2]), und wenn sie selbst erst erwiesen wer-

---

II. S. 39 u. ff.; Bentham l. c. S. 170 u. ff.; Best l. c. § 267 u. ff.; v. Tevenar Theorie der Bew. im Civilproc. S. 57 u. ff.; Gönner Entwurf eines Gesetzbuches über d. gerichtl. Verf. (Erlangen 1815.) Bd. I. S. 222 u. ff.; Bd. II. Abt. II. S. 520 u. ff; Martin l. c. § 131 u. Gensler Commentar dazu; Linde l. c. § 314—316; Hefftter l. c. 256 u. ff.; Pratobevera Materialien I. S. 143 u. ff.; II. S. 59 u. ff.; Haimerl im Magazin Bd. 11. S. 29 u. ff.; Bayer l. c. S. 716 u. ff.; Unger in Haimerl's Vierteljahrschr. „Das Wesen der bonae fidei possessio" Bd. I. S. 91 u. ff; Endemann Beweislehre § 19, § 23 u. ff. u. Civilproc. § 182. I. § 186; Langenbeck l. c. S. 191 u. ff.; Wetzell l. c. § 21; Renaud l. c. § 106. 107; Mittermaier Beweislehre S. 402 u. ff. u. Strafverfahren I. § 109. II. § 177 u. ff.; Kitka Beweislehre im österr. Strafproc. (Wien 1841). S. 268 u. ff.; Zachariae l. c. II. § 148; Porsch: Die Bedeutung des Beweises durch Indicien in dem kirchl. Gerichtsverfahren. (Inaugural-Dissertation. Breslau 1876); Heusler l. c. S. 228 u. ff. 252. 306 u. ff.

[1]) Der Schluß wird hier, wie man dieß auch ausdrückt, „mit innerer Notwendigkeit" (Unger l. c. S. 91) „mit logischer oder juristischer Notwendigkeit" (Gönner Entwurf Bd. I. S. 222, Bd. II. Abt. II. S. 520 u. ff.) gezogen, er ist „eine logisch notwendige Folgerung" (Haimerl l. c. S. 31.).

den muß, so steckt in dem zunächst zu diesem Behufe erbrachten Beweise eben vermöge der erwähnten Schlußfolgerung (also indirect, mittelbar) auch der Beweis für das andere Factum; daher ist es vollkommen begründet, hier von einem indirecten oder mittelbaren Beweise zu sprechen, nur ist festzuhalten, daß eben der zur Feststellung der Thatsache, von welcher gefolgert wird, unternommene Beweis es ist, welcher zugleich als indirecter oder mittelbarer Beweis für das gefolgerte Factum wirkt und bezeichnet wird. Zur Bezeichnung künstlicher Beweis liegt hier gar kein Grund vor[3]), im Gegenteile, die Schlußfolgerung, welche den Anlaß dazu gegeben zu haben scheint, muß nach den Denkgesetzen so einfach und klar liegen, daß bei dem geringsten dießfälligen Mangel von solcher Beweisführung gar nicht die Rede sein könnte, und ohne jedwede Schlußfolgerung gibt es keinen Beweis[4]).

Lautet hingegen die aus der Erwägung des Verhältnisses der beiden Thatsachen sich ergebende Schlußfolgerung nur dahin: wenn die eine Thatsache besteht, so ist es wahrscheinlich, daß auch die andere besteht, oder daß sie nicht besteht, so ist mit dieser Schlußfolgerung allein für den Beweis der gefolgerten Thatsache noch sehr wenig gewonnen und nur diese Schlußfolgerung ist es, welche in der Natur des Indiciums liegt und die einen Bestandteil des Indicienbeweises bildet. Das Indicium ist ein bloßer Wahrscheinlichkeits-, kein eigentlicher Beweisgrund und insofern die Vermutung nach dem hier im ersten Teile (S. 54 u. ff.) Ausgeführten eben auf Wahrscheinlichkeitsgründen beruht, kann man wol sagen, daß Indicien zur Vermutung führen, dieselbe bewirken können, aber man kann meines Erachtens nicht sagen, die Indicien selbst[5]) oder die aus denselben zu ziehenden Schlußfolgerungen[6]) seien Vermutungen und es werde demnach der Indicienbeweis durch Vermutungen hergestellt. Denn

---

[2]) Was die gemeinrechtliche Doctrin „probatio per aequipollens“ nennt, worüber zu vergl. ist Wetzell l. c. § 25. Note 3; Langenbeck l. c. S. 412 u. ff.; Endemann Civilproc. § 179 II.; Renaud l. c. § 210, ist hievon zwar verschieden, aber sachlich ist der indirecte Beweis derselben vollkommen an die Seite zu stellen. Vgl. dagegen neuestens Heusler l. c. S. 230 u. ff., der eben von einer m. E. ganz verfehlten Grundlage ausgeht.

[3]) Vgl. I. Teil S. 20. 21. Dagegen Osterloh l. c. II. § 245; Linde l. c. § 314 u. A., obgleich schon Reinhardt l. c. I. § 208 sehr treffend das Unpassende der Bezeichnung künstlicher Beweis für diesen Vorgang nachweist und nur die Bezeichnung mittelbarer Bew. billigt.

[4]) Vgl. Endemann Beweisl. § 19 u. Civilproc. § 182. I.

[5]) Pratobevera l. c. S. 60. München Canon. Gerichtsverf. I. S. 192. Zu weit geht wol Wetzell l. c. S. 166, wenn er ohneweiters bemerkt: „Indicien, d. h. feststehende Thatsachen ....., von den Neueren praesumtiones facti, s. hominis genannt.“

[6]) So größtenteils die ältere und neuere Doctrin. S. Tancredus ord. jud. l. c. p. III. tit. 14. § 1; Durantis l. c. lib. II. part. II. de praesumpt. § 1; v. Tevenar l. c. S. 27; Osterloh l. c. II. § 245. Note 18. (Dagegen vgl. § 253.); Heffter l. c. § 257; Bayer l. c. S. 716; Endemann Beweisl. S. 67; Renaud l. c. § 107; Unger l. c. S. 92; Porsch l. c. S. 9.

die Vermutung ist ein aus den erwähnten Schlußfolgerungen für die Constatirung der gefolgerten Thatsache gewonnenes Resultat, ebenso wie der Indicienbeweis, nur ein Resultat, welches zur Ueberzeugung von der Wahrheit der vermuteten Thatsache nicht ausreicht, hinter dem Indicienbeweise weit zurückbleibt [7]). Die aus den Indicien gezogenen Schlußfolgerungen sind für die Vermutung ebenso Mittel, wie für den Indicienbeweis; jedes Indicium muß wol eine Schlußfolgerung, keineswegs aber auch ohneweiters eine Vermutung geben; letztere ist häufig erst aus einer gewissen Verbindung mehrerer solcher Schlußfolgerungen, resp. Indicien zu gewinnen. Die Vermutung entsteht auch nicht ausschließlich nur aus Indicien, d. h. aus den gerade im concreten Falle obwaltenden, das vermutete Factum umgebenden Umständen, sondern sie wird oft auch aus allgemeinen Erwägungen gewonnen und die Umstände des concreten Falles dienen dann häufig gerade dazu, die Vermutung zu entkräften oder zu widerlegen. Dieß ist oft der Fall bei den Rechtsvermutungen, die doch auch unter den Begriff der Vermutungen gehören [8]). Die durch das Indicium gelieferte Schlußfolgerung unterscheidet sich von der Vermutung wie Material von fertiger Arbeit, der Indicienbeweis hat gleiches Material, wie die Vermutung, aber er ist die vollständige, für den bestimmten Zweck (Beweis) vollkommen ausreichende, die Vermutung dagegen die zurückgebliebene, für den bestimmten Zweck ganz unzureichende Arbeit. Der Indicienbeweis ist daher trotz aller Verwandtschaft auch von der Vermutung wol zu scheiden und es ist nicht gerecht-

---

[7]) Schon die ältere Doctrin hebt dieß trotz größtenteils abweichender Definitionen hervor. So sagt Gonzalez-Tellez im Comment. ad c. 2. X. h. t. (2. 23.) Nr. 13 unter Berufung auf Baldus u. Menochius: „Praesumptio hominis, quae praesumptio judicis dicitur, . . . est praesumptio nullo jure inducta, sed ex circumstantia, siue aliqua qualitate facti desumpta, et tantum est quidam conceptus causatus in mente ab aliqua nobili conjectura", und Schmalzgrueber l. c. II. 23. § 1. Nr. 2 i. f. erklärt: „Differt itaque praesumptio ab indicio, quod indicium sit ipsum signum unum vel plura, ex quibus tanquam ex causa oritur praesumptio." Ebenso Reiffenstuel l. c. II. 23. § 1. Nr. 8. Vgl. die Definitionen von praesumptio bei Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 10. Nr. 1—17. In der neueren Doctrin hat dieß neben Weber: Verbindlichkeit z. Beweisführung (Halle 1832) S. 80 u. ff. Mühlenbruch (Pandecten § 146) in der von Langenbeck l. c. S. 191 citirten Stelle am Treffendsten charakterisirt. — Auf die neueste Darstellung Heusler's l. c. S. 230 u. ff. und deren „schwere Irrwege" näher einzugehen, ist mir leider hier unmöglich, da mir sein Aufsatz erst während der Correctur zugekommen ist.

[8]) So geht z. B. die bekannte Vermutung der ehelichen Geburt nicht von den Umständen des einzelnen concreten Falles aus, in welchem sie angewendet wird und Weber hebt es l. c. S. 84. 85 gerade als ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen praes. juris und praes. hominis hervor, daß „die praes. juris nicht immer auf Gründen einer bestimmten Wahrscheinlichkeit beruht, sondern bisweilen schon die Möglichkeit einer Sache die Gesetzgebung veranlaßt hat, eine Vermutung dafür zu sanctioniren" . . . . , während die praes. hominis „hierauf gar nicht gegründet werden kann und ohne eigentliche, in concreto wirklich vorhandene Wahrscheinlichkeitsgründe gar nicht denkbar ist."

fertigt, ihn Vermutungsbeweis zu nennen, wie er teils wirklich genannt wurde[9]), teils doch genannt werden könnte, wenn sich wirklich die aus den Indicien zu ziehenden Schlußfolgerungen ohneweiters als Vermutungen bezeichnen ließen[10]).

Ebenso ist der Indicienbeweis auch zu sondern vom zusammengesetzten, d. i. dem Beweise, welcher durch Zusammensetzung mehrerer, von verschiedenen Beweismitteln gelieferter unvollständiger Beweisresultate erzielt wird[11]). Dort, wo rein formale Beweistheorie gilt und die in derselben gegebenen Beweisregeln bis zu ziffermäßiger Bestimmung des Bruchteiles vorgeschritten sind, welchen die unvollständige Beweiswirkung bei der schließlichen Feststellung des ganzen Beweisresultates zu repräsentiren hat, dort ist diese Zusammensetzung ein rein mechanisches, formales Geschäft, grundverschieden von der im Indicienbeweise steckenden Operation. Wo aber, wie im canon. Rechte, trotz einzelner Beweisregeln im Wesentlichen doch rationelle Beweistheorie vorherrscht und insbesondere für die Abwägung unvollständiger Beweisresultate nur der „motus animi judicis" bestimmend ist[12]), da ist diese Zusammensetzung mit der für den Indicienbeweis erforderlichen Thätigkeit nicht bloß verwandt, sondern, wie sich aus der Charakterisirung dieser Thätigkeit noch näher ergeben wird, identisch. Der Unterschied zwischen Indicienbeweis und zusammengesetztem Beweise beschränkt sich da auf das Materiale, aus welchem der Beweis gewonnen wird (z. B. schwankende Aussage eines tauglichen oder bestimmte Aussage eines untauglichen Zeugen auf der einen[13]) und Indicium auf der andern Seite), aber die Ver-

---

[9]) Unger l. c. S. 92. Vgl. dazu auch hier I. Teil S. 56 u. ff.

[10]) Dann könnte man aber auch ohneweiters die Indicien definiren als Umstände, aus welchen eine andere Thatsache vermutet werden kann, eine Definition, welche abgesehen von der älteren Doctrin m. W. doch noch nicht gegeben wurde.

[11]) Ich halte es für unrichtig, von zusammengesetztem Beweise auch dann zu sprechen, wenn es sich um den Beweis eines aus mehreren Thatsachen zusammengesetzten Factums handelt oder wenn, wie Bayer l. c. § 300 und Langenbeck l. c. S. 416 sich ausdrücken, „Producent über jeden Satz des in mehrere Glieder zerlegten thema probandum den Beweis durch besondere Beweismittel antritt"; denn hier ist eben nicht der Beweis, sondern das zu beweisende Factum oder das thema probandum das Zusammengesetzte. Dieß hat nun allerdings auch Einfluß auf den Beweis, allein für diesen ist nicht die Cohaerenz der durch die verschiedenen Beweismittel gelieferten Beweisgründe, sondern die Cohaerenz der einzelnen, für sich erwiesenen Thatumstände oder „Glieder des thema probandum" entscheidend. Die Zusammensetzung des Beweises ist da lediglich Folge der Zusammensetzung des zu Beweisenden. Schneider l. c. fühlt dieß auch in der Bestimmung des § 376; daß § 375 ibidem aber auf den indirecten und den Indicienbeweis nur zu beziehen ist, liegt auf der Hand und wird auch vom Herausgeber (Hofmann) in der Note angedeutet.

[12]) Vgl. die Citate im I. Teil S. 23. Note 1. u. c. 32. X. de simonia (5. 3.).

[13]) Hefftter l. c. § 257. Note 264 stellt die bezeichneten unvollständigen Beweisresultate geradezu unter den Begriff der indicia, signa, indem er erklärt: „Sie sind entweder selbstständig erwiesene Thatsachen oder natürliche, obwol juristisch unvollkommene Beweise dessen, worauf es ankömmt, z. B. außergerichtliche, oder in einem andern Proceß gemachte Geständnisse, die Aussage eines einzigen oder mehrerer verdächtiger Zeugen, der Inhalt von mangel-

wendung des Materials ist bei beiden gleich und daher kann es auch gar keinem Anstande unterliegen, daß das eigentliche Materiale des zusammengesetzten Beweises auch beim Indicienbeweise verwendet, d. h. die unvollständige Beweiswirkung irgend eines anderen Beweismittels zur Herstellung des Beweises mit Indicien verbunden werde. Würde der Begriff des zusammengesetzten Beweises im Sinne einer mehr complicirten, von dem einfachen Beweise durch die Notwendigkeit vielfältiger, ausgedehnterer Combinationen sich unterscheidenden Beweisbildung gefaßt, dann läge im Indicienbeweise allerdings gerade der Typus zusammengesetzten Beweises, allein da man diesen Begriff allgemein [14]) und mit Recht [15]) auf das oben Gesagte beschränkt, so ist er auch trotz der hervorgehobenen inneren Verwandtschaft vom Indicienbeweise zu scheiden.

Betrachtet man nun die Schlußfolgerung, welche das Indicium liefert, für sich allein, so wird man ihr, wie bereits bemerkt, einen wesentlichen Einfluß auf den Beweis der gefolgerten Thatsache nicht vindiciren können, einen rationellen Grund, auf welchen sich die Ueberzeugung von der Wahrheit dieser Thatsache mit Beruhigung stützen könnte, (Beweisgrund) kann sie allein ihrer Natur nach nicht bieten. Ebenso ist klar, daß auch eine bloße Addition vieler solcher Schlußfolgerungen der herzustellenden Ueberzeugung noch immer nicht die erforderliche Stütze gewähren kann, denn die Summe ist von dem einzelnen Additionsposten wol quantitativ, nicht aber qualitativ verschieden. Es wäre doch immer nur Wahrscheinlichkeit, was dadurch herausgebracht werden könnte. Der Umstand also, daß die zu beweisende Thatsache von vielen Indicien umgeben ist, kann für den Beweis derselben auch noch nicht entscheidend sein. Eine Entscheidung in dieser Richtung aber kann gewonnen werden, wenn sich unter den verschiedenen Indicien und der indicirten Thatsache eine derartige Verkettung oder Gruppirung ergibt, daß die letztere Thatsache darin eine solche Stelle einnimmt, in welcher sich alle die schwachen Lichtstralen, die von den einzelnen Indicien ausgehen, wie in einem Brennpunkte sammeln. So wenig das bloße Nebeneinanderlaufen von Sonnenstralen jene Wirkung erzielen kann, welche die eigentümliche Vereinigung derselben im Brennpunkte hervorbringt, ebenso wenig kann das bloße Nebeneinanderbestehen mehrerer Indicien jene Intensität und Sicherheit des Schlußes liefern, welche zur Bewirkung der Ueberzeugung von

---

haften oder sonst verdächtigen Urkunden" u. s. w. Ueber die Unterscheidung s. Mittermaier Beweisl. S. 105 u. 459 u. ff.

[14]) Vgl. Reinhardt l. c. I. § 204, Linde l. c. § 216; Martin l. c. § 224; Osterloh l. c. § 215 i. f.; Schneider l. c. § 374 u. ff.; Bayer l. c. § 100; Langenbeck l. c. S. 416 u. ff. u. oben Note 11; Mittermaier Beweisl. S. 459 u. ff.

[15]) Denn logische Erwägung und Combination muß bei der Würdigung jedweder Beweisführung eintreten und unter Umständen kann auch die Würdigung eines Zeugen- oder Urkundenbeweises ziemlich complicirt sein. Ein Mehr oder Weniger in dieser Richtung kann keinen Bestimmungsgrund für verschiedene Arten des Beweises geben. Vgl Bentham l. c. S. 176.

ahrheit der indicirten Thatsache, d. i. zum Beweise derselben erforderlich
ese Wirkung kann erst durch ein solches Ineinandergreifen und Zusammen-
der durch die verschiedenen Indicien gelieferten Schlußfolgerungen her-
ührt werden, vermöge dessen das zu dem ersten hinzutretende zweite In-
i nicht bloß die nemliche Schlußfolgerung liefert, wie das erste, sondern
ch die Intensität dieser Schlußfolgerung selbst erhöht. Erst auf diese Weise
durch fortschreitende Verstärkung oder Erhöhung dieser Intensität das zum
ise Erforderliche gewonnen werden. Daß nun eine so geartete Verbindung
mstände sich wirklich ergeben kann, lehrt die ganz unwidersprechliche, sich
) wiederholende Erfahrung des practischen Lebens, und daß, wenn sich
Zusammentreffen ergibt, der prüfende Verstand auch die Ueberzeugung
f mit Beruhigung stützt, das ist eine so allgemeine, stetige Erscheinung
lebung im practischen Leben sowol, als auch insbesondere in der Wissen-
daß wir im practischen Leben unsere vermeintlich festesten Ueberzeugungen
ben müßten und in der Wissenschaft die wenigsten unserer Kenntnisse, in
sicherstem Besitze wir uns glauben, festhalten könnten, wenn dieser Weg
eberzeugungsbildung dem menschlichen Verstande nicht entspräche. Ja der
nd acceptirt nicht bloß überhaupt diesen Weg der Ueberzeugungsbildung,
n er betritt denselben selbst gegen den Willen überall, wo es sich um
zeugung handelt, und hält an der auf diesem Wege gewonnenen Ueber-
ng um so entschiedener fest, als ja die unmittelbaren Stützen der auf
em Wege (durch Zeugenaussagen, Urkunden u. dgl.) erlangten Ueber-
ng mit den Stützen, die hier zur Ueberzeugung führen, im Wesentlichen
gener Natur sind [16]).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß bei dieser Beweisesart der eigentliche
isgrund durchaus nicht in den einzelnen Indicien, resp. den durch dieselben
rten Schlußfolgerungen allein, sondern vielmehr und vorzugsweise in
eben charakterisirten Zusammentreffen derselben liegt; die einzelnen In-
sind eben nur die Mittel, durch welche die für die Ueberzeugung von der
heit der indicirten Thatsache entscheidenden Gründe geliefert werden, also
leweismittel. Daher ist für diesen Beweis unter allen Umständen eine
heit von Indicien erforderlich und es ist ebenso gerechtfertigt, ihn einen
nstantiellen Beweis [17]) zu nennen, weil die Beweiskraft in der That ge-
t wird aus jener Gruppirung, in Folge welcher sich das erwiesene Factum

---

[16]) Vgl. darüber Globig l. c. II. S. 40 u. ff.; Bentham l. c. S. 170—175, 224; Best l. c. § 267—271; Rüttimann engl. Civilproc. § 345 u. ff.; Mittermaier Beweisl. § 53. 58. 59. u. Strafverf. I. § 109. II. § 177, 181, 182; Porsch S. 41—58; Heusler l. c. S. 252—256 306 u. ff.

[17]) So namentlich Bentham l. c. S. 170. Best l. c. § 267 u. ff. bedient sich in regelmäßig der Bezeichnung Anzeigebeweis, Rüttimann l. c. § 345 sagt Indicienbeweis. Die gleichfalls ganz treffende Bezeichnung: Beweis durch Zusammentreffen der Umstände ist besonders in Oesterreich üblich: Haimerl l. c. S. 29; die alte öst. Strafproceßordnung v. 29. Juli 1853. § 279 u. ff.

zur Hauptthatsache, die Indicien aber zu Nebenthatsachen (Umständen) gestalten, als es begründet ist, ihn künstlichen Beweis[18]) zu nennen, weil diese für den Beweis so entscheidende Verkettung und die Feststellung, Erkenntniß derselben in der That etwas Künstliches genannt werden kann. Allein im Vorhinein bestimmen zu wollen, wie viele Indicien in jedem Falle zum Beweise erforderlich oder ausreichend seien, das wäre ein müßiges, aussichtsloses Unternehmen, da ja in der Zal die beweisende Kraft nicht liegt und kein Beweis von der Individualität des Falles so sehr abhängt, als der vorliegende. Ebenso wäre es sachwidrig und nutzlos, die zur Beweiswirkung erforderliche Stärke der Indicien bestimmen, d. h. durch aprioristische Erwägungen oder casuistische Exemplificationen festsetzen zu wollen, einen wie hohen Grad von Wahrscheinlichkeit die aus jedem einzelnen Indicium zu gewinnende Schlußfolgerung überhaupt erreichen kann und im speciellen Falle erreichen muß, um zu diesem Beweise verwendet werden zu können. Denn es ist allerdings richtig, nicht jedes Indicium läßt mit gleicher Sicherheit schließen, die Wahrscheinlichkeit, die sich aus demselben für das zu beweisende Factum ergibt, kann bei dem einen Indicium eine größere, bei dem anderen eine geringere sein und die größtenteils hieher zu beziehende, ständige Unterscheidung der alten Doctrin[19]) von praesumptiones temerariae, probabiles, violentae und necessariae ist an und für sich nicht unberechtigt. Allein auch dieß hängt Alles schließlich doch von der Individualität des concreten Falles ab und selbst wenn es möglich wäre, alle möglichen Indicien anzugeben, bei jedem einzelnen den durch dasselbe gelieferten Wahrscheinlichkeitsgrad zu bestimmen, darnach dann gewisse Classen zu formiren und die einen von der Mitwirkung zum Beweise auszuschließen, die anderen dafür mehr oder weniger zu qualificiren, so würde doch immer jene Gruppirung der Umstände fehlen, in welcher, wie gezeigt, die Hauptkraft des Indicienbeweises steckt, und

---

[18]) Eine Bezeichnung, welche nur für diese Beweisart paßt, in der Regel aber auch ebensowol für den mittelbaren, als für den zusammengesetzten Beweis gebraucht wird. S. z. B. Osterloh l. c. II. § 245 u. die da Note 19 Citirten; Schneider l. c. § 574; Langenbeck l. c. S. 405 u. ff.; Bayer l. c. S. 716; Renaud l. c. § 106. 107; Zachariae l. c. II. § 148. II. Daß das Künstliche weder in der bloß „mittelbaren Begründung des Klag- oder Vertheidigungsrechtes", noch darin, daß da „dem Richter im Wege der Schlußfolgerung die Ueberzeugung entsteht" (Osterloh l. c.), noch überhaupt in „dem dabei genommenen Umwege", noch endlich in der dabei eintretenden „besonderen ratiocinellen Thätigkeit des Richters" (Schmid l. c. II. § 118. Note 10.) liegt, ist aus dem Gesagten ersichtlich.

[19]) S. Tancredus ordo jud. l. c. p. III. tit. 11. § 2; Durantis l. c. lib. II. p. II. de praesumpt. § 2. und Zusatz von Baldus ibidem. Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 10. Nr. 17 u. ff.; Vol. III. concl. 1227. 1230. 1251; Menochius de praesumpt. I. quaest. 6. 11. 91 u. a.; sodann de arbitrar. jud. quaest. et cas. (Genevae 1672.) cas. 270; Scaccia tractatus de judiciis (Francof. et Lips. 1669) lib. I. cap. 59. §. 57. lib. II. cap. 9. Nr. 191. 315 u. ff.; Hippolytus de Marsiliis practica crim. (Col. Agr. 1581) § Diligenter, bes. Nr. 22 u. ff.; Jul. Clarus sent. recept. (Francof. 1596) lib. V. § fin. quaest. 29; Farinacius praxis crim. lib. II. quaest. 56. 43 u. ff.; Reis-

ohne deren Anschlag oder Wertbestimmung jede anderweitige Abwägung notwendig vergeblich sein muß. Diese Gruppirung liegt aber nur im concreten Falle, kann von demselben gar nicht losgelöst und abstract behandelt werden. Es gibt für die erwähnten Punkte eben keine andern allgemeinen, als die Denkgesetze und diese können nur in der Anwendung auf den concreten Fall Erfolg haben. Andererseits wäre nicht einzusehen, warum ein auch nur schwaches Indicium von der Mitwirkung zu diesem Beweise ausgeschlossen werden sollte; es kommt ja doch auf die Gesammtwirkung an und für diese ist jeder, wenn auch nur geringe Beitrag von Bedeutung, daher Nichts zurückzuweisen, was einen solchen überhaupt bieten kann. In der Lehre der älteren Jurisprudenz über die praesumptiones, indicia und conjecturae liegt ja der Versuch vor[20]), die verschiedenen Indicien festzustellen und den Wert derselben für den Beweis wenigstens einigermaßen zu taxiren, aber der einzige Erfolg, den man diesem Versuche nachsagen kann, ist der, das in demselben liegende Bestreben selbst ad absurdum geführt und die absolute Unverträglichkeit dessen mit der Wesenheit dieser Beweisesart klar an den Tag gelegt zu haben.

Dem römischen Rechte, welches den Indicienbeweis im Civil- und im Strafproceße nicht bloß überhaupt als eine mit jeder anderen gleichgewichtige Beweisesart zuläßt, sondern in welchem derselbe „mit Vorliebe ausgebildet und besonders in den Schwurgerichten angewendet" wurde[21]), sind denn auch Bestimmungen der erwähnten Art vollständig fremd. Die auch im neuesten römischen Rechte trotz sporadischer Normen über einzelne Beweismittel noch ganz

---

fenstuel l. c. II. 23; Gonzalez-Tellez l. c. Comment. ad c. 13. X. h. t. (2. 23.). Nr. 9; Schmalzgrueber l. c. II. 23. § 1 u. 2; Fulv. Pacianus: tract. cui incumbat onus prob. (Venet. 1594.) lib. I. cap. 4. 8. 9; Devoti instit. can. lib. III. tit. 9. § 30. Hieher sind auch zu rechnen die aus ganz neuer Zeit stammenden Werke von Bouix tractat. de judic. eccles. (Paris 1855). tom. I. sect. VI. cap. 4. und von München l. c. (Köln. 1865.) 1. 1. Buch. Titel 16.

[20]) Die in der vorigen Note angeführten Werke, deren Zal sich noch bedeutend vermehren ließe, reichen als Beleg dafür vollkommen aus. Vgl. auch Endemann Beweislehre § 25—27. Bemerkenswert erscheint mir, daß schon van Espen: Jus eccl. univ. (Colon. Agripp. 1702.) p. III. tit. 7. cap. 5. Nr. 27 hier die Ansicht ausspricht: „Cum autem definire, quid haec indicia hic et nunc in talibus circumstantiis probent, quamque praesumptionem faciant, ab hominum diversis opinionibus dependeat, sat apparet, quam circumspecti ac prudentes debeant esse judices in scrutandis et ponderandis factis et circumstantiis, ut de effectu praesumptionis ex his resultantis recte statuere queant." Einen höchst interessanten Versuch legislativer Feststellung dessen bot die österr. Strafproceßordnung v. 29. Juli 1853 in den §§ 278—282 in Verbindung mit §§ 138—140.

[21]) l. 19. C. de R. V. (9. 22), l. 6. C. de dolo malo (2. 21.), l. 25. C. de prob. (4. 19.), l. 10. C. arb. tut. (5. 51.). S. Zimmern röm. Civilproc. § 132; Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. I. S. 182. II. S. 594. 607. 608; Geib Gesch. des röm. Criminalproc. (Leipzig 1842) S. 144 u. ff. 355 u. ff. 645 u. ff.; Zumpt Criminalproc. der röm. Republik (Leipzig 1871.). S. 246. 341 u. ff.; Heffter in s. Anmerkung zu Weber's Verbindlichkeit z. Beweisf. S. 86; Endemann Beweisl. S. 87. 88

allgemein herrschende Ungebundenheit des Richters in der Bildung seiner Ueberzeugung[22]) mußte sich naturgemäß gerade auf dem Gebiete des Indicienbeweises auf das Eclatanteste äußern; an juristische oder gar gesetzliche Normen hierüber dachte man so wenig, daß die Behandlung des Indicienbeweises gar nicht bei der ihr eigenes Gebiet doch gewiß nicht vernachlässigenden römischen Jurisprudenz, sondern bei der mit der Geltendmachung der Beweisgründe vor Gericht beschäftigten Rhetorik zu finden ist.

Im Wesentlichen das Gleiche ist auch vom canonischen Rechte zu sagen. Daß auch hier der Indicienbeweis sowol im Civil-, als im Strafprocesse volle Anerkennung und unverkürzte Anwendung hat, ist bereits hier im I. Teile S. 58. 60. 61. 111 erörtert und erst neuestens in einer sehr anerkennenswerten Schrift[23]) ausführlicher nachgewiesen worden. Nun ist allerdings das canonische Recht in den für die Entwicklung vorzugsweise maßgebenden Decretalen, wie es nach deren Provenienz wol nicht anders sein konnte, bereits auf dem Wege, einzelne Indicien, die es nach dem damaligen Stande der Theorie freilich meist als praesumptiones qualificirt, herauszugreifen und sie teils allgemein, teils unter Hinzufügung des concreten Falles einer juristischen Betrachtung zu unterziehen. So wird in c. 10. 13. X. de prob. (2. 19.), c. 27. 33. X. de testib. (2. 20.), c. 10. 11. 12. X. de praesumt. (2. 23.), c. 8. X. de cohabit. cler. (3. 2.), c. 27. X. de sponsal. (4. 1.), c. 5. X. de eo, qui cognov. (4. 13.), c. 2. X. de cons. et affin. (4. 14.) die fama, fama loci, rumor viciniae, in c. 3. 6. 9. 15. X. de praesumt. (2. 23) das Vorleben, der Bildungsgrad desjenigen, dem ein strafbares Verhalten nachgewiesen werden soll, in c. 1. 2. 3. X. ibidem (2. 23.) das Benehmen desselben oder der Parteien überhaupt, in c. 14. X. eodem. (2. 23.), c. 15. X. de testam. (3. 26.) eine zwischen bestimmten Personen bestehende nahe Verbindung, in c. 12. 13. X. de praesumt. (2. 23.) die zu einer bestimmten Handlung ausschließlich oder vorzugsweise geeignete Situation, Zeit, Ort u. dgl. m. erwähnt und auf die Bedeutung dieser Umstände für den Beweis bestimmter Thatsachen überhaupt hingewiesen; in c. 12. 14. X. h. t. (2. 23.), c. 8. in VI^to. de haeret. (5. 2.) wird von magna et vehemens (violenta et certa) suspicio einerseits und levis et modica suspicio andererseits gesprochen. Doch zu einem auch nur schwachen Versuche zur Aufzälung und näheren Qualificirung der zum Beweise zulässigen Indicien oder zur Abwägung und Feststellung des Beweiswertes derselben ist es im canonischen Rechte keineswegs gekommen. Einen anderen Maßstab, als den häufig genug betonten[24]) „motus

---

[22]) Vgl. Bethmann-Hollweg l. c. III. S. 272; Wetzell l. c. S. 164 u. ff.

[23]) Porsch l. c. § 10 u. ff. Auch Wetzell l. c. bemerkt S. 167: „Weit entfernt aber war man, den Indicien Etwas von der ihnen im röm. Rechte eingeräumten Bedeutung zu entziehen." S. dazu jetzt auch Heusler l. c. S. 306 u. ff.

[24]) c. 5. pr. C. 4. q. 2. et 3; c. 6. X. de renunc. (1. 9.); c. 27. X. de testib. (2. 20.) u. a.

imi judicis“ für die Bestimmung, was als „indicium certum“ (c. 3. X. qui sint leg. 4. 17; c. 13. § 8. X. de haeret. 5. 7.) oder „competens“ (c. 2 VI^to. de regular. 3. 14.) zu betrachten sei, was unter die zum Beweise herzuziehenden „alia legitima adminicula“ (c. 13. X. de prob. 2. 19; c. 27. de test. 2. 20; c. 2. X. qui matrim. accus. poss. 4. 18; c. 15. i. f. X. restit. spol. 2. 13.) gehöre, wie viel davon erforderlich und wie groß der nteil sei, den jeder dafür geeignete Umstand an der Beweiswirkung zu nehmen be, worin jene „investigatio“ bestehe, qua „sola argumentum invenit veritam“ (c. 10. X. de V. S. 5. 40.) und Aehnl. gibt es im canonischen Rechte cht, so daß also auch im canon. Rechte dem Richter, dessen wirkliche Ueberigung auch hier noch das Ziel der Beweisführung ist [25]), auf dem Gebiete s Indicienbeweises die der Natur desselben entsprechende ungebundene Stelng noch ebenso vollständig, wie im römischen Rechte gewahrt ist. Die, wie en gezeigt wurde, dieser Stellung des Richters entsprechende Zulässigkeit der rwertung unvollständiger Beweiswirkungen anderer Beweismittel (z. B. Zeunaussagen, Urkunden u. a.) im Indicienbeweise wird durch viele der eben irten Stellen [26]), in denen die als Indicien wirkenden Umstände gewönlich Verbindung mit anderen Beweismitteln angeführt werden, auch ausdrücklich stätigt. Die von der mittelalterlichen Jurisprudenz auf diesem Gebiete aufstellten Classificirungen und Taxirungen aber werden im III. Abschn. nähere ürdigung finden.

Nach der eigentümlichen, auch in der besonderen Behandlung des canochen Rechtes in keiner Richtung beeinträchtigten Natur des im Indicienbeise wirkenden Beweisgrundes kann man somit streng genommen von einer eweiskraft des einzelnen Indiciums nicht sprechen und dann kann türlich auch nicht von Erfordernissen einer solchen Beweiskraft die Rede sein. ıb soweit das einzelne Indicium an der den Indicienbeweis im Ganzen conituirenden Beweiskraft participirt, ist diese Mitwirkung, wie gezeigt, nicht durch gemeine, an die Qualität des einzelnen Indiciums zu stellende Erfordernisse bestimmen, sondern von der concreten Gestaltung des Zusammentreffens und ısammenwirkens im einzelnen Falle abhängig. Wol aber muß von der im ıdicienbeweise im Ganzen liegenden Beweiskraft gesprochen werden und als forderniſse dieser sind sowol der Natur der Sache, als der positiven Behandng dieses Beweises im canonischen Rechte gemäß folgende festzustellen:

1.) Alle Indicien, welche zu diesem Beweise verwendet werden sollen, üssen zunächst selbst vollkommen gewiß sein [27]). Dieß ist eigentlich nicht ein

---

[25]) S. hier I. Teil. S. 125 u. ff.; Wetzell l. c. S. 167; Endemann Beweisre § 8.

[26]) z. B. c. 13. X. de prob. (2. 19.); c. 27. X. de test. (2. 20.) u. a.

[27]) Vgl. Mittermaier Beweisl. S. 426 u. Strafverf. II. § 178; Kitka l. c. 277. 278.

besonders zu erwähnendes Erforderniß, sondern vielmehr die selbstverständliche Voraussetzung des Indicienbeweises, die Bedingung, von welcher überhaupt die Möglichkeit des Indicienbeweises abhängt. Denn daß man von einer Thatsache, welche selbst nicht feststeht, auf die Existenz oder Nichtexistenz einer anderen Thatsache auch nicht schließen kann, das bedarf wol erst keiner besonderen Betonung. So wenig als besonderes Erforderniß der Beweiskraft der Zeugenaussage oder der Urkunde angeführt zu werden braucht, daß eben die Aussage constatirt, resp. die Existenz der Urkunde gewiß sein muß, ebenso wenig bedarf es streng genommen einer besonderen Erwähnung des hier als Erforderniß Hingestellten. Nichtsdestoweniger erscheint diese Hervorhebung der eigentlich selbstverständlichen Voraussetzung des Indicienbeweises wesentlich und notwendig, einerseits weil dieß bei der hier vorliegenden Verkettung vieler und mannigfacher Umstände in der That rücksichtlich eines einzelnen Umstandes leicht übersehen werden könnte und um andererseits das Verhältniß derjenigen Beweisführung zum Indicienbeweise zu charakterisiren, welche notwendig wird, wenn eben der als Indicium wirkende Umstand nicht feststeht. Eben diese Beweisführung wird so häufig mit dem Indicienbeweise zusammengeworfen und nichts Anderes, als diese Vermengung scheint mir der Grund zu sein, weßhalb man den Indicienbeweis fast regelmäßig auch als indirecten oder mittelbaren Beweis qualificirt[28]). Es ist ganz zweifellos: wenn die Thatsachen, die als Indicien verwendet werden sollen, noch nicht feststehen, so müssen sie eben erst erwiesen werden und die zu diesem Behufe unternommenen Beweisführungen dienen zum Zwecke des Indicienbeweises. Allein, ist denn in diesen Beweisführungen der Indicienbeweis auch schon enthalten, so daß man, wie in dem oben als indirecten Beweis bezeichneten Verhältnisse sagen kann, mit diesen Beweisführungen werde mittelbar, indirect auch der Indicienbeweis selbst geliefert? Ich glaube, man kann das weder nach theoretischen, noch nach practischen Gesichtspunkten behaupten. Denn begrifflich sind doch diese Beweisführungen, d. i.

[28]) Namentlich in der Doctrin des Civilproc.: s. Schmid l. c. II. § 118; Osterloh l. c. II. § 245; Gensler im civil. Arch. I. S. 35 u. ff. u. im Commentar zu Martin's Lehrb. ad § 222; Bayer l. c. S. 716; Langenbeck l. c. S. 405 u. ff.; Endemann Civilproc. § 182. I.; Renaud l. c. § 106. 107; Best l. c. § 267. Hieher gehört auch Geib l. c., da er S. 360 bemerkt: „Hinsichtlich der Art endlich, wie der Indicienbeweis in den gerichtlichen Verhandlungen vorgebracht und von den Parteien benutzt wurde, ist hier nichts besonders zu bemerken, indem alles eben nur davon abhing, auf welche Weise gerade die einzelnen Indicien dargethan wurden: und je nachdem dieses entweder durch Geständniß oder Zeugenaussage oder Urkunden geschah, mußte auch die Benutzung und Geltendmachung des ganzen Beweises sich schlechthin nach denselben Regeln richten, welche bereits eben über die Benutzung der Urkunden, Zeugenaussagen u. s. w. aufgestellt worden sind." Dagegen Haimerl l. c. S. 31. 32. Auch Linde l. c. § 237. 314 vermeidet die Bezeichnung indirecter, mittelb. Beweis. Martin l. c. § 181. 223. u. Schneider l. c. § 51—53 sprechen nur von „mittelbar und unmittelbar erheblichem Beweise" resp. „Thatsatze." In der Doctrin des Strafproc. ist die Bezeichnung indirecter Beweis für den Indicienbeweis gleichfalls seltener, s. Mittermaier l. c. u. Zachariae l. c. II. § 148.

r Beweis der einzelnen Indicien von dem Beweiſe durch oder mittels ndicien um ſo eclatanter von einander unterſchieden, als bei dem letzteren der ichtigſte Teil der Beweiswirkung in den einzelnen Indicien gar nicht ſteckt. ie genannten Beweisführungen ſchaffen nur die Möglichkeit, einen Indicienweis zu unternehmen, mit dem Gelingen der erſteren iſt das Gelingen des tzteren noch gar nicht entſchieden, im Gegenteile: es können noch ſo viele Incien vollkommen erwieſen und doch kann im concreten Falle das Zuſtandemmen eines Indicienbeweiſes ganz unmöglich ſein. Vom practiſchen Standnkte aus könnte man allerdings ſagen: Wer einen Indicienbeweis führen ill, muß, da die Indicien im Proceſſe doch nicht ſo ohneweiters von Vornrein feſtſtehen, immer die einzelnen Indicien nachweiſen; iſt er aber mit dieſem achweiſe fertig, dann iſt auch, wenn ſich der Fall vermöge der concreten Vernbung der Indicien zu dieſem Beweiſe überhaupt eignet, der Indicienbeweis lbſt fertig, alſo letzterer doch mittelbar ſchon mit erſterem geliefert; denn die forderlichen Schlußfolgerungen muß ja der Richter von Amtswegen, u. z. bei der Beweisführung machen. Doch, ſelbſt abgeſehen davon, daß das, was der eweisführer practiſch thun muß, nicht das allein Maßgebende iſt für die vorgende Frage, ſo iſt es eben nicht richtig, daß derſelbe mit dem Nachweiſe der nzelnen Indicien in dem erwähnten geeigneten Falle auch den Indicienbeweis on fertig hat. Er muß eben jetzt erſt dieſe Eignung des Falles nachweiſen, d. i. darthun, daß in dem concreten Falle wirklich auch jene Verbindung nter den erwieſenen Indicien vorliegt, welche, wie gezeigt, die erforderliche Beeiskraft erſt herſtellt. Er kann dieß freilich durch bloße Deduction thun und eſe mit dem Nachweiſe der einzelnen Indicien unmittelbar verbinden, ſie tzterem vorausſchicken oder nachfolgen laſſen, aber es iſt doch immer eine beondere, auf ein ſelbſtſtändiges Ziel gerichtete Thätigkeit, die auch practiſch von r auf die Conſtatirung der einzelnen Indicien gerichteten zu ſondern iſt und ßt der vollkommenſten Reſultate der letzteren ein hinter ihrem Ziele ſehr weit rückbleibendes Ergebniß haben kann[29]). Obgleich der Beweis der einzelnen ndicien, ſoweit ſie noch nicht feſtſtehen, zur Führung des Indicienbeweiſes

---

[29]) Bei ſorgfältiger Sonderung deſſen iſt es allerdings vollkommen conſequent und verndlich, was z. B. Renaud l. c. S. 281 ausführt: „Da aber auch der Beweis der Inien, wenn er unvollſtändig gelungen, einen ſolchen (notwendigen) Eid veranlaſſen kann, ſo bei einem Beweiſe durch richterliche Schlußfolgerung die Auflage eines doppelten Noteides glich, nemlich eines ſolchen, der auf die Herſtellung der Prämiſſe und eines anderen, der f die proceſſualiſch relevante Thatſache ſich bezieht. Sind übrigens die Indicien im erſten rf. vorgetragen und weil notoriſch oder gerichtlich eingeſtanden, als feſtſtehend zu betrachten, iſt, falls die proceſſualiſch relevante Thatſache durch die richterliche Schlußfolgerung als voll vieſen erſcheint, inſoweit von einer Beweisauflage unter Vorbehalt des Gegenbeweiſes abzuen, — was auch von dem Falle gilt, daß die Indicien durch anticipirten Beweis hergeſtellt d." Allein dieß wäre meines Erachtens ganz unverſtändlich, wenn man mit Renaud den dicienbeweis als einen indirecten, alſo in dem Beweiſe der Indicien ſchon enthaltenen Beis anſieht.

unerläßlich ist, so besteht doch auch practisch der letztere nicht in ersterem und deßhalb erscheint es wol in jeder Hinsicht geboten, auch die Behandlung und Bezeichnung des Indicienbeweises als eines indirecten oder mittelbaren Beweises zu vermeiden.

2.) Jeder Umstand, welcher zu dieser Beweisführung verwendet werden soll, muß in der That nach Vernunft und Erfahrung jene Schlußfolgerung für die zu erweisende Thatsache liefern, welche, wie oben gesagt, das Wesen des Indiciums bildet. Das ist eigentlich wieder selbstverständlich, denn es liegt schon im Begriffe des Indiciums und es bedarf keiner ausdrücklichen Constatirung, daß ein Umstand, der unter diesen Begriff nicht fällt, zum Indicienbeweise auch nicht verwendbar ist. Allein es ist nicht zu übersehen, daß die Wahrscheinlichkeit, welche die Schlußfolgerung des Indiciums für die zu erweisende Thatsache ergibt, eine größere oder geringere sein kann, und da verdient immerhin besonders hervorgehoben zu werden, daß die Function eines Umstandes als Indicium wol überhaupt von der Eignung desselben zur erwähnten Schlußfolgerung, nicht aber davon abhängt, ob sich durch die letztere eine große oder nur geringe Wahrscheinlichkeit ergibt[30]). Es wird darnach das eine Indicium ein größeres, das andere ein geringeres Gewicht bei der Bildung dieses Beweises haben, wie das ja auch naturgemäß bei den zu dieser Beweisführung mit heranzuziehenden unvollständigen Beweisresultaten anderer Beweismittel, welche im Processe vorliegen, der Fall ist, doch ist kein Umstand, der unter den Begriff des Indiciums fällt, von der Mitwirkung zu diesem Beweise deßhalb auszuschließen, weil er im concreten Falle nur ein geringes Gewicht hat oder haben kann. Als wesentliches Erforderniß ist endlich

3.) noch hervorzuheben, daß zu dieser Beweisführung nicht bloß alle rücksichtlich des zu beweisenden Factums vorliegenden, also die gegen das zu Beweisende sprechenden ebenso, wie die für dasselbe sprechenden Indicien herangezogen werden, sondern auch diejenigen Umstände volle Berücksichtigung und Verwertung finden, welche die aus dem Indicium sich ergebende Schlußfolgerung im concreten Falle ganz ausschließen oder schwächen[31]). Der Schwerpunkt der

---

[30]) Daß dießfalls mit theoretischen Abteilungen der Indicien z. B. in unmittelbare und mittelbare, in vorausgehende, begleitende und nachfolgende, in nahe und entfernte u. dgl. Nichts geholfen ist, hat schon Mittermaier Beweisl. S. 116 u. ff. bemerkt. Die natürlichen Erörterungen Bentham's l. c. S. 174 u. ff. über einzelne Indicien liefern nur wertvolle Anhaltspunkte für die Behandlung in concreto und sind auch als solche nur gemeint.

[31]) Beide Arten entgegenstehender Thatsachen unterscheidet auch Mittermaier Beweisl. § 56 genau, doch scheint es mir nicht zulässig, die im Texte zuletzt genannten Umstände oder wie M. sich ausdrückt „die Thatsachen, durch welche Schlüsse gerechtfertigt werden, welche die Kraft der anschuldigenden Anzeigen dadurch schwächen, daß sie eine die angeschuldigte Person rechtfertigende Erklärungsart des angenommenen verdächtigenden Zusammenhangs begründen", Gegenanzeigen zu nennen. Denn diese Bezeichnung eignet sich doch nur für die gegen das zu Beweisende sprechenden Indicien und zwischen diesen und den Umständen der

Beweiskraft liegt ja in dem Ineinandergreifen, in dem harmonischen Zusammenwirken der vorliegenden Indicien und daraus ergibt sich die sorgfältige Beurteilung und Abwägung Alles dessen, was diese Harmonie stört, dem Zusammenwirken etwas an Intensität entzieht, als unerläßliches Postulat. Die Ueberzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Thatsache kann sich auf diesem Wege als Resultat nur dann herausstellen, wenn das natürliche Gewicht aller entgegenstehenden Momente in der Gesammtwirkung vollkommen aufgehoben erscheint.

---

angeführten Art (s. z. B. Bentham l. c. S. 177. 178. 182 u. ff.) ist eben ein wesentlicher Unterschied.

unerläßlich ist, so besteht doch auch practisch der letztere nicht in ersterem und deßhalb erscheint es wol in jeder Hinsicht geboten, auch die Behandlung und Bezeichnung des Indicienbeweises als eines indirecten oder mittelbaren Beweises zu vermeiden.

2) Jeder Umstand, welcher zu dieser Beweisführung verwendet werden soll, muß in der That nach Vernunft und Erfahrung jene Schlußfolgerung für die zu erweisende Thatsache liefern, welche, wie oben gesagt, das Wesen des Indiciums bildet. Das ist eigentlich wieder selbstverständlich, denn es liegt schon im Begriffe des Indiciums und es bedarf keiner ausdrücklichen Constatirung, daß ein Umstand, der unter diesen Begriff nicht fällt, zum Indicienbeweise auch nicht verwendbar ist. Allein es ist nicht zu übersehen, daß die Wahrscheinlichkeit, welche die Schlußfolgerung des Indiciums für die zu erweisende Thatsache ergibt, eine größere oder geringere sein kann, und da verdient immerhin besonders hervorgehoben zu werden, daß die Function eines Umstandes als Indicium wol überhaupt von der Eignung desselben zur erwähnten Schlußfolgerung, nicht aber davon abhängt, ob sich durch die letztere eine große oder nur geringe Wahrscheinlichkeit ergibt[30]). Es wird darnach das eine Indicium ein größeres, das andere ein geringeres Gewicht bei der Bildung dieses Beweises haben, wie das ja auch naturgemäß bei den zu dieser Beweisführung mit heranzuziehenden unvollständigen Beweisresultaten anderer Beweismittel, welche im Processe vorliegen, der Fall ist, doch ist kein Umstand, der unter den Begriff des Indiciums fällt, von der Mitwirkung zu diesem Beweise deßhalb auszuschließen, weil er im concreten Falle nur ein geringes Gewicht hat oder haben kann. Als wesentliches Erforderniß ist endlich

3.) noch hervorzuheben, daß zu dieser Beweisführung nicht bloß alle rücksichtlich des zu beweisenden Factums vorliegenden, also die gegen das zu Beweisende sprechenden ebenso, wie die für dasselbe sprechenden Indicien herangezogen werden, sondern auch diejenigen Umstände volle Berücksichtigung und Verwertung finden, welche die aus dem Indicium sich ergebende Schlußfolgerung im concreten Falle ganz ausschließen oder schwächen[31]). Der Schwerpunkt der

---

[30]) Daß dießfalls mit theoretischen Abteilungen der Indicien z. B. in unmittelbare und mittelbare, in vorausgehende, begleitende und nachfolgende, in nahe und entfernte u. dgl. Nichts geholfen ist, hat schon Mittermaier Beweisl. S. 416 u. ff. bemerkt. Die trefflichen Erörterungen Bentham's l. c. S. 174 u. ff. über einzelne Indicien liefern nur wertvolle Anhaltspunkte für die Behandlung in concreto und sind auch als solche nur gemeint.

[31]) Beide Arten entgegenstehender Thatsachen unterscheidet auch Mittermaier Beweisl. § 56 genau, doch scheint es mir nicht zulässig, die im Texte zuletzt genannten Umstände oder wie M. sich ausdrückt „die Thatsachen, durch welche Schlüsse gerechtfertigt werden, welche die Kraft der anschuldigenden Anzeigen dadurch schwächen, daß sie eine die angeschuldigte Person rechtfertigende Erklärungsart des angenommenen verdächtigenden Zusammenhangs begründen", Gegenanzeigen zu nennen. Denn diese Bezeichnung eignet sich doch nur für die gegen das zu Beweisende sprechenden Indicien und zwischen diesen und den Umständen der

Beweiskraft liegt ja in dem Ineinandergreifen, in dem harmonischen Zusammenwirken der vorliegenden Indicien und daraus ergibt sich die sorgfältige Beurteilung und Abwägung Alles dessen, was diese Harmonie stört, dem Zusammenwirken etwas an Intensität entzieht, als unerläßliches Postulat. Die Ueberzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Thatsache kann sich auf diesem Wege als Resultat nur dann herausstellen, wenn das natürliche Gewicht aller entgegenstehenden Momente in der Gesammtwirkung vollkommen aufgehoben erscheint.

---

angeführten Art (s. z. B. Bentham l. c. S. 177. 178. 182 u. ff.) ist eben ein wesentlicher Unterschied.

II. Abschnitt.

Das bei Anwendung der einzelnen Beweismittel im canonischen Processe zu beobachtende Verfahren*).

---

1. Capitel.

Beim gerichtlichen Augenscheine [1]).

a.) Im Verfahren außer Strafsachen.

Obgleich nach dem oben (I. Abschn. 1. Cap.) Erörterten der gerichtliche Augenschein im canonischen Rechte nicht als eigentliches Beweismittel, das er seiner Natur nach ist, erscheint, sondern nur zur Constatirung der die Notorietät der betreffenden Thatsache begründenden evidentia facti dient, so bedarf es doch eben zu dieser durch die eigene Wahrnehmung des Richters erfolgenden Constatirung eines besonderen Vorganges, welcher ohne allen Zweifel auch zum Beweisverfahren gehört und dem auf Herstellung des Beweises durch Anwendung eines bestimmten Beweismittels gerichteten Verfahren durchaus analog ist. Der erwähnte Vorgang kann der Natur der Sache nach in nichts Anderem bestehen, als darin, daß der Richter zunächst in die Lage versetzt werde, diejenige Wahr-

---

*) Ueber das Beweisverfahren im Allgemeinen s. hier I. (allgem.) Teil. S. 112—118 und zu den daselbst S. 112 Note *) Citirten noch Reinhardt l. c. I. § 188 u. ff. II. § 280 u. ff.; v. Tevenar l. c. S. 152 u. ff.; Heffter l. c. § 367 u. ff.; Grolmann l. c. § 188 u. ff.; Martin l. c. § 185 u. ff.; dazu Gensler's Comment. ad § 175 u. ff.; Osterloh l. c. II. § 202. 281 u. ff.; Schmid l. c. II. § 125 u. ff.; Mittermaier der gem. deutsche bürgl. Proc. (Bonn 1822—1827.) II. S. 142 u. ff.; Schneider l. c. § 436 u. ff.; Langenbeck l. c. S. 1—42; Endemann Beweisl. S. 6—34, 44—48 u. Civilproc. § 157; Wetzell l. c. § 71; Renaud l. c. § 99. 208; Mittermaier deutsches Strafverf. I. § 14. 86. II. § 134. 141; Zachariae l. c. I. § 21. 22. II. § 119. 130; Kitka Beweislehre im öst. Strafproc. § 9. 10; Bland deutsches Strafverf. § 76 u. ff. 126 u. ff.

[1]) Um Wiederholungen zu vermeiden, sei hier und für alle folgenden Capitel auf die an der Spitze des entsprechenden Capitels im I. Abschnitte angeführte Literatur verwiesen.

nehmung, auf die es eben ankommt, d. i. von welcher die Constatirung der evidentia facti im concreten Falle abhängt, selbst zu machen und daß er sodann, u. z. in seiner Eigenschaft als Richter diese Wahrnehmung wirklich und in einer jedwede Täuschung möglichst ausschließenden Weise mache. In dem Gesagten muß aber auch dieser Vorgang bestehen, wenn er seinem Zwecke entsprechen soll; denn von den da hervorgehobenen Momenten hängt ja, wie oben ausgeführt wurde, die Kraft des Augenscheins, resp. die Eignung desselben für die ihm nach der Auffassung des canonischen Rechtes zufallende Bestimmung ab und deßhalb kann das zur Durchführung desselben erforderliche Vorgehen nur dann als zweckmäßig erscheinen, wenn es so eingerichtet ist, daß alle diese Momente in demselben zuverlässig und vollständig zur Entwicklung und Anwendung kommen.

Zunächst handelt es sich um die Frage, ob die Vorname des Augenscheines durch den ausdrücklichen Antrag der sonst beweispflichtigen Partei veranlaßt werden muß, etwa in analoger Weise, wie die eigentliche Beweisführung von der Anbietung des Beweises abhängt? Wenn es da nun richtig ist, daß nach canon. Rechte durch das Ermessen des Richters bestimmt werden muß, ob im concreten Falle eine solche evidentia facti vorliege, welche die Thatsache zur notorischen und somit des Beweises gar nicht bedürftigen macht[2]) und wenn es ferner ganz unzweifelhaft richtig ist, daß der Richter von Amtswegen wissen muß, ob nach den von ihm anzuwendenden Gesetzen eine Thatsache im Processe des Beweises bedarf oder nicht, so ist es auch Amtssache des Richters, wenn eine im Processe relevante und sonst des Beweises bedürftige Thatsache seiner eigenen unmittelbaren Wahrnehmung im concreten Falle zugänglich ist, diese Wahrnehmung wirklich zu machen. Ausgeschlossen ist der besondere Antrag der Partei hierauf zwar nicht, sie kann denselben in ähnlicher Weise stellen, wie sie sich sonst zum Beweise erbietet, ja es liegt sogar in ihrem Interesse, dieß zu thun, damit der Richter in diesem für sie so wichtigen Punkte Nichts übersehe, was seines Amtes ist[3]), nur ist die Vorname des Augenscheines von diesem Antrage keineswegs abhängig. Daß aber die Partei das Factum, dessen Evidenz auf diese Art constatirt werden soll, angeführt haben muß, ist nach der durch das Verhandlungsprincip bestimmten Verpflichtung der Partei zur Darlegung des gesammten die Grundlage der richterlichen Entscheidung bildenden Sachverhaltes ebenso selbstverständlich, als daß der Richter, der da überhaupt von Amtswegen vorzugehen hat, den Augenschein in jeder Lage des Processes bis zur Entscheidung selbst anwenden und vornehmen kann[4]), sobald er nur über die Relevanz der

---

[2]) S. I. Teil. S. 53. 54 u. Wetzell l. c. § 20. Nr. 3; Endemann Beweisl. § 21 u. Civilproc. § 184; Renaud § 103.

[3]) Deßhalb dürfte auch in der Praxis, wie die in den Beilagen unter Nr. 1. 2 u. 3 angeführten Fälle beweisen, in der Regel von der Partei der Antrag gestellt worden sein.

[4]) Vgl. bes. Wetzell l. c. § 44. S. 470; Langenbeck l. c. S. 162 u. ff.; Weveld l. c. S. 19. 20. 60. ff.; Heusler l. c. S. 256 u. ff. Der Grund dessen liegt in

bezüglichen Thatsache und deren Eignung zur eigenen Wahrnehmung von seiner Seite klar geworden ist. Soweit übrigens der Augenschein nicht zur Feststellung der Evidenz einer Thatsache oder zu Beweiszwecken dient, sondern als Mittel der notwendigen Aufhellung oder Vervollständigung des Parteivorbringens den Charakter einer richterlich-administrativen, proceßleitenden Verfügung hat, liegt es in eben diesem Charakter desselben, daß ihn der Richter von Amtswegen und in jedwedem Stadium des Processes, selbst noch nach erfolgter conclusio in causa anordnen kann [5]). Etwas Anderes aber ist es, wenn es sich um die der probatio ad perpetuam memoriam analoge Verwendung des Augenscheines handelt. Daß eine derartige Verwendung gerade nach canon. Rechte vollkommen zulässig ist, steht nach dem ausdrücklich hervorgehobenen Grunde und nach dem Sinne seiner Bestimmungen über die probatio ad perpetuam memoriam außer allem Zweifel. Die Möglichkeit einer Constatirung der evidentia facti durch die eigene Wahrnehmung des Richters hängt von der Natur der betreffenden Thatsache ab, die sich leicht ändern und wodurch diese Möglichkeit sodann ganz ausgeschlossen werden kann. Nun trifft aber das canon. Recht beim Zeugenbeweise durch Zulassung der Vernehmung von Zeugen im Falle der Gefahr, daß ihre ordnungsmäßige Verwendung zum Beweise „processu temporis“ unmöglich werden könnte, schon ante litem contestatam und selbst bevor der Proceß begonnen hat, wenigstens „quum civiliter est agendum“ ausdrücklich Vorsorge dafür, „ne veritas occultetur et probationis copia fortuitis casibus subtrahatur“ (c. 5. X. ut lite non cont. 2. 6; c. 41. 43. X. de testibus. 2. 20.), und in c. 4. X. de conf. utili vel inut. (2. 30.) ordnet es, u. z. „ejusdem aequitatis similitudine provocati“ in gleichem Falle beim Urkundenbeweise die nemliche Vorsorge durch Bestimmung des dazu geeigneten Vorganges an; da fordert doch entschieden „ejusdem aequitatis similitudo“, worauf eben das canon. Recht Gewicht legt, daß auch dann, wenn Gefahr vorliegt, es könnte die in einem bevorstehenden Processe relevante Thatsache ihre gegenwärtig vorhandene Eignung zur Constatirung ihrer Evidenz durch unmittelbare Wahrnehmung des Richters ganz oder teilweise verlieren und dadurch der Partei ganz der gleiche Nachteil, wie durch den Verlust eines Beweismittels für jenen Proceß erwachsen, der gerichtliche Augenschein noch vor Beginn des Processes, in welchem er entscheidend sein kann, angeordnet und vorgenommen werden dürfe [6]). Im Falle dieser Verwendung des Augenscheins ist der ausdrückliche Antrag der Partei der Natur der Sache nach unerläßlich, u. z. hat diejenige Partei, welcher durch

---

der besonderen Behandlung des Augenscheines durch das canon. Recht. Daß dieß in Proceßsystemen, welche den Augenschein als eigentliches Beweismittel behandeln, anders ist, liegt auf der Hand.

[5]) S. oben I. Abschn. 1. Cap. Note 7.

[6]) S. I. Teil. S. 117—119; Schmid l. c. II. S. 160; Bayer l. c. S. 786 u. die da Cit.; Wetzell l. c. S. 471. 472; Endemann Civilproc. § 161. III.; Renaud l. c. § 146; Wetzell l. c. S. 61. Dagegen Langenbeck l. c. S. 915. u. ff., doch, wie schon Wetzell bemerkt, aus „unzureichendem Grunde.“

die erwähnte Gefahr der Nachteil im künftigen Processe droht, ohne Unterschied, ob sie in letzterem als Kläger oder Geklagter aufzutreten haben wird [7]), an den für diesen Proceß competenten Richter oder wenn dessen Einschreiten wegen unmittelbarer dringender Gefahr nicht mehr zum Ziele führen könnte, an denjenigen Richter, welcher nach Lage der Umstände eben noch rechtzeitig einschreiten kann, das bezüglich des drohenden Nachteils gehörig motivirte Ansuchen um Anordnung und Vorname des Augenscheines zu stellen und den Bestand der Gefahr, von welcher die Zulässigkeit dieses Vorganges eben abhängig ist, dem Richter darzuthun. Zu letzterem Behufe fordert das canon. Recht nur, daß die Partei gegründeten Anlaß zur Besorgniß des oben bezeichneten Nachteiles darthue („quando periculum testium formidatur“— „testes, de quibus ex aliqua rationabili causa timetur“) und es fällt von selbst auf, daß das kein strenger Beweis der bestehenden Gefahr ist [8]).

Sowie also der Richter abgesehen von der zuletzt erörterten besonderen Verwendung des Augenscheines die Vorname desselben von Amtswegen anzuordnen hat, so hat er auch weiter von Amtswegen alle Verfügungen zu treffen, welche nach Beschaffenheit des concreten Falles seiner Einsicht gemäß notwendig sind, um alle zur bezweckten Constatirung erforderlichen Wahrnehmungen wirklich machen zu können. Hat die Partei den Augenschein beantragt und auch bezüglich der Ausführung desselben weitere Anträge gestellt, worüber der Richter wie über jeden von der einen Seite gestellten zulässigen Antrag nach dem allgemeinen Charakter contradictorischen Verfahrens [9]) die Gegenpartei zu hören hat, so kann der Richter diese Anträge und Bemerkungen zwar benützen und seine Verfügungen ganz oder teilweise diesen gemäß treffen, aber es kommt weder darauf an, ob die Parteien dießbezüglich etwas, noch darauf, was sie beantragt oder begehrt haben; der Richter ist weder darauf angewiesen, noch daran gebunden, sondern hat nur nach eigenem Ermessen zu bestimmen, was dießfalls erforderlich und in welcher Weise es auszuführen ist. Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß im canon. Rechte freilich nicht, aber es ist reine Consequenz der Auffassung des Augenscheines als Mittel zur Constatirung der evidentia facti, resp. der Notorietät. Der Richter also hat zu bestimmen, ob eine zu besichtigende Sache ihm vorzulegen sei oder ob er sich an Ort und Stelle begeben müsse, um sie zu besichtigen, er hat alle Punkte zu bestimmen, welche der Wahrnehmung insbesondere zu unterziehen sind, um die bezweckte Con-

---

[7]) Ueber das Ungegründete einer dießfälligen Unterscheidung der Parteirollen vgl. Bayer l. c. S. 780. 781 u. die da Citirten; Renaud l. c. § 146. S. 419.

[8]) Die gemeinrechtliche Doctrin verlangt daher allgemein nur Bescheinigung der Gefahr. S. Schmid l. c. II. S. 161; Bayer l. c. S. 779; Wetzell l. c. S. 472; Langenbeck l. c. S. 904. 920; Endemann Civilproc. § 161. I. A.; Renaud § 146.

[9]) Vgl. c. 8. X. de major. et obed. (1. 33.); c. 1. X. de causa poss. et propr. (2. 12.); c. 2. in Clem. de V. S. (5. 11.); Martin l. c. § 17. 186. 188; Bayer l. c. S. 32; Wetzell l. c. § 43. Nr. 2; Endemann Civilproc. § 98; Renaud l. c. § 77; Briegleb Einleitung in die Theorie der summar. Proc. (Leipz. 1859.) 4. Cap. § 44.

ſtatirung zu erzielen; nicht der Partei, ſondern des Richters Sache iſt es, zu erwägen und unter Anordnung der erforderlichen Termine zu beſtimmen, welcher Art die Wahrnehmung im concreten Falle ſein müſſe, wie dieſelbe am Vollſtändigſten und Sicherſten gemacht werden könne, welche Vorkehrungen zu treffen ſeien, um Täuſchungen auszuſchließen, endlich den allgemeinen Beſtimmungen des canon. Rechtes (c. 11. X. de probat. 2. 19.) entſprechend für genaue Darſtellung des wirklich beobachteten Vorganges und der Reſultate desſelben zu den Acten zu ſorgen. Daß der Richter bei allen dieſen von der Initiative oder dem Impulſe der Parteien unabhängigen Ausführungen die Anweſenheit und Mitwirkung der Proceßparteien, ſoweit er es für notwendig oder zweckdienlich erkennt, in Anſpruch nehmen kann, ja daß er dieſelbe aus ſachlichen Gründen, weil die Parteien vermöge ihrer Bekanntſchaft mit den Thatſachen immer in der Lage ſein werden, Auskünfte, Aufklärungen und Hinweiſungen zu geben, ſogar in der Regel benötigen wird, iſt klar, aber es läßt ſich nach der Stellung des Augenſcheines im canon. Rechte keineswegs behaupten [10]), daß die Zuziehung oder doch wenigſtens die Ladung der Parteien zur Vorname desſelben aus proceſſualiſchen Gründen notwendig oder zur Giltigkeit des Actes erforderlich ſei. Nur ſoviel muß allerdings aus allgemein proceſſualiſchen Gründen gefolgert werden, daß der Richter, wenn er die eine Partei zuzieht und mit ihren Bemerkungen hört, dann auch die Gegenpartei dazu vorladen und ihr Gelegenheit zu ihren Gegenbemerkungen gewähren muß [11]). Zu einer Heranziehung Sachverſtändiger zur Vorname des Augenſcheines kann es nach der wiederholt hervorgehobenen Auffaſſung des canon. Rechtes nicht kommen. Denn findet der Richter wann immer, daß ſeine Kenntniſſe nicht ausreichen, um die erforderliche Wahrnehmung zu machen, daß es dazu vielmehr beſonderer Sachkenntniß oder Kunſtfertigkeit und Erfahrung bedarf, ſo erkennt er eben damit, daß von einer durch ſeine eigene Wahrnehmung zu conſtatirenden evidentia facti, alſo von Notorietät der betreffenden Thatſache und ihren Wirkungen im vorliegenden Falle nicht die Rede ſein könne, daß alſo der Beweis derſelben erbracht werden muß, bezüglich deſſen er die Initiative und das Vorgehen der beweispflichtigen Partei abzuwarten hat [12]). Bedarf es zur Vorname

[10]) Wie für den gemeinen Civilproceß allerdings behauptet wird: S. Schmid l. c. II. § 152; Gönner Handbuch II. S. 419. 420. 422; Hefftter l. c. § 387; Oſterloh l. c. § 280. Note 9; Bayer l. c. S. 972; Puchta in der Zeitſchr. f. C. R. u. Proc. Bd. 3. S. 44 ff.; Langenbeck l. c. S. 432. 433; Wetzell l. c. S. 470; Endemann Civilproc. § 215; Wevelb l. c. S. 61. Dagegen Linde § 294. Note 4 u. die Anmerkung des Herausgebers (Hofmann) zu Schneider l. c. § 504: „Dieſe Ladung kann auch bloß monitoriſch ſein und unter Umſtänden ganz unterbleiben." Nach Renaud l. c. § 109 „iſt die Ladung der Parteien üblich, geſchieht jedoch regelmäßig nur in monitoriſcher Weiſe."

[11]) S. oben Note 9.

[12]) Vgl. oben I. Abſchn. I. Cap. S. 2, 3 u. das im I. Teile S. 53. 104. 105. 110 über evidentia rei oder facti Geſagte. Ueber die abweichende Behandlung nach gemeinem Civilproceſſe ſ. die Citate der früheren Note 10.

des Augenscheines der Herbeischaffung und Vorlage eines bestimmten Gegenstandes vor Gericht, so hat der Richter allerdings auch dieß von Amtswegen anzuordnen, allein er kann es nur von der Partei fordern, welche in Ermangelung der evidentia facti beweispflichtig wäre, in deren Interesse also der Augenschein vorgenommen wird. Denn wenngleich der Richter auch im Civilprocesse von Amtswegen feststellen muß, ob eine Thatsache notorisch ist oder des Beweises bedarf, so ist doch dort, wo zu diesem Behufe eine positive Mitwirkung oder Leistung von irgend einer andern Seite notwendig ist, der Charakter des Civilprocesses dahin maßgebend, daß er dieselbe nur von der sonst beweispflichtigen Partei verlangen darf. Im Civilprocesse ist es eben immer, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise nur ein Privatinteresse, in welchem die Feststellung der evidentia facti, resp. der Notorietät einer Thatsache erfolgt, deßhalb kann die dabei selbst von Amtswegen eintretende richterliche Thätigkeit doch nie zu jener eingreifenden Entfaltung und Ausdehnung gelangen, welche die Vertretung des rein oder vorwiegend öffentlichen Interesse im Strafverfahren notwendig macht. Wenn sich also Gegenstände, deren Vorlage vor Gericht zur Vorname des Augenscheines notwendig ist, in den Händen des Gegners der sonst beweispflichtigen Partei oder eines Dritten befinden, so hat nicht der Richter durch seine Justizgewalt deren Herausgabe und Vorlage vor Gericht zu bewirken, sondern es ist Sache der erwähnten Partei, sich dieselben zu verschaffen und sie vorzulegen, widrigenfalls die Vorname des Augenscheines nicht stattfinden könnte und sie zum Beweise der betreffenden Thatsache schreiten müßte. Dabei kann der bloße Umstand, daß die Partei die bezüglichen Gegenstände zur Proceßführung braucht, für ihren Gegner oder einen Dritten selbstverständlich noch keinen Verpflichtungsgrund zur Herausgabe derselben bilden, sondern sie wird die Forderung der Herausgabe nur beim Vorhandensein eines civilrechtlichen Anspruches darauf im allgemeinen Wege durchsetzen können [13]).

Daß der erkennende Richter selbst den Augenschein vornehmen solle, folgt zwar, wie oben (I. Abschn. 1. Cap.) gezeigt wurde, auch aus dem besonderen, durch die Auffassung des canon. Rechtes bestimmten Zwecke des Augenscheines im Processe. Allein bei der Allgemeinheit und großen Ausdehnung, in welcher das canon. Recht die Stellvertretung auf dem Rechtsgebiete überhaupt [14]) und sowol allgemeine als specielle Delegationen der Jurisdiction insbesondere [15])

---

[13]) Vgl. Wetzell l. c. S. 471; Langenbeck l. c S. 430. Note a. Renaud l. c. S. 288; Wevelb l. c. S. 11. 19. 63. — Schneider l. c. § 502. 510 u. 511 u. Schmid l. c. II. § 152 Note 12. erklären in diesem Sinne, daß „sich die Gründe der Verbindlichkeit dazu und das Verfahren (resp. der Streit) darüber nach der Analogie der Urkundenedition richten."

[14]) c. 68. 72. de R. J. in VI^to. (5. 13.).

[15]) Vgl. Phillips Lehrb. des KR. II. § 180—183. u. Kirchenrecht Bd. 6. § 341 u. ff.; Richter-Dove Lehrb. des KR. § 209; Bouix tract. de judic. eccles. I. pars I. sect. IV. cap. 1. § 5; München Canon. Gerichtsverf. I. Buch 1. Titel 1; W. Kaempfe die Begriffe der jurisdict. ord., quasiord., mand. u. deleg. (Wien. 1876.) § 12. 18.

zuläßt, sind auch die Ueberweisungen einzelner richterlicher Acte von Seite des Richters eine durchaus allgemeine und regelmäßige Institution im canon. Processe[16]) und kann daher der Richter auch die Vorname des Augenscheines einer dazu geeigneten Persönlichkeit ohneweiters committiren; in der Praxis scheint dieß ganz regelmäßig geschehen zu sein[17]). Darnach kann also der Richter die von ihm festzustellende evidentia facti auch ohne unmittelbare eigene Anschauung bloß auf Grund der Relation des von ihm zur Augenscheinsvorname Bestellten beurteilen und das canon. Recht hat mit dieser Zulassung ein im Sinne seiner eigenen Bestimmungen über evidentia rei, resp. Notorietät gelegenes wichtiges Postulat bezüglich des Augenscheines außer Acht gelassen. Doch es ist dieß eben nur eine Folge jener ganzen mit der Schriftlichkeit des Verfahrens (c. 11. X. de prob. 2. 19.) immer mehr sich festigenden Organisation der richterlichen Thätigkeit und des Verfahrens überhaupt, durch welche die Bedeutung, die der unmittelbare Eindruck der Proceßhandlungen für den erkennenden Richter naturgemäß hat, gänzlich übersehen und in den Hintergrund gedrängt wurde und es dürfte wol auf der Anschauung beruhen, daß jene Momente, welche bei der Augenscheinsvorname durch einen Anderen dem erkennenden Richter für die Beurteilung der evidentia facti allenfalls entgehen, sich noch ergänzen lassen und dadurch die hiebei etwa unterlaufene Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit des der richterlichen Beurteilung zur Grundlage dienenden Berichtes im erforderlichen Falle corrigirt werden kann[18]). Denn das ist ganz unzweifelhaft, daß der Richter, wenn er die Relation des zur Vorname des Augenscheins Bestellten sei es aus eigenem Antriebe, sei es nach den Bemerkungen der Proceßparteien, welche er über die erhaltene Relation jedesfalls sofort hören kann, für die ihm obliegende Beurteilung unzureichend oder überhaupt ungeeignet findet, von Amtswegen gehalten ist, entweder die erforderlichen Ergänzungen anzuordnen oder nunmehr erst in eigener Person den Augenschein vorzunehmen. Derartige Ergänzungen oder auch die Wiederholung des Augenscheines, vorausgesetzt natürlich, daß eine solche noch möglich ist, hat der Richter nach seinem Ermessen übrigens auch dann anzuordnen und durchzuführen, wenn er selbst den Augenschein vorgenommen hat und nachher solche Aufklärungen und Ergänzungen als notwendig erkennt; denn dieß fällt hier ebenso, wie jede andere nach seinem Ermessen erforderliche Aufhellung oder Vervollständigung in den Umfang des dem Richter obliegenden Proceßleitungsamtes.

---

[16]) c. 27. X. de off jud. deleg. (1. 29.); vgl. Schmalzgrueber l. c. I. 29. § 2. Nr. 11; J. H. Böhmer l. c. I. 29. § 12. 43. 44; v. Schulte Darstellg. des Proc. vor den kath. geistl. Eheger. Oesterr. (Gießen 1858.) § 11; Kaempfe l. c. S 200. 201.

[17]) Wie aus den Beilagen Nr. 2. u. 3. hervorgeht.

[18]) Freilich ist da nicht zu übersehen, daß eine solche Ergänzung oder Correctur nur in den seltensten Fällen möglich und daß dem Richter aus der Relation nur sehr selten ersichtlich sein wird, ob und welche Momente sich dargeboten hätten, wenn er den Augenschein persönlich vorgenommen hätte. Deßhalb ist diese Remedur jedesfalls ganz ungenügend.

Nach Vollendung aller zur Vorname des Augenscheines im concreten Falle erforderlichen Acte ist beiden Parteien nach der allgemeinen Bestimmung des c. 11. X. de probat. (2. 19.) das hierüber zu den Acten Festgestellte, resp. die Relation des vom Richter mit der Augenscheinsvorname Beauftragten abschriftlich mitzuteilen und steht es denselben sodann in jedem Falle frei, in den am Schluße des Verfahrens ihnen zustehenden allegationes et disputationes Alles hervorzuheben und auszuführen, was jede derselben als ein für sie günstiges oder für den Gegner nachteiliges Ergebniß des Augenscheines bezeichnen zu können glaubt. Denn die erwähnten allegationes et disputationes sind wenigstens nach der schon in den ordines judiciarii und bei Durantis klar und bestimmt gezeichneten Entwicklung des canon. Processes [19]) kein bloßes Stadium des eigentlichen Beweisverfahrens und darauf beschränkt, bloß die Ergebnisse dieses vom Parteienstandpunkte zu erörtern und auszuführen [20]), sondern sie sind ein Stadium des Gesammtprocesses, sie umfassen alle in demselben vorgekommenen Proceßacte, deren Ergebnisse für den einen oder anderen Parteistandpunkt sie zusammenfassen und erstrecken sich daher auch auf die Ergebnisse des Augenscheins. Diesem Charakter der allegationes entsprechend hat der Kläger hierin zuerst, der Geklagte zuletzt das Wort, eine Beschränkung auf eine bestimmte Zal von Reden und Gegenreden besteht nicht, sondern es wird darin fortgefahren, bis die Parteien selbst auf weitere Allegationen verzichten oder der Richter in Ermangelung dessen kraft seines Proceßleitungsamtes die Erörterung als erschöpft und beendet erklärt [21]).

---

[19]) c. 3. X. de postul. prael. (1. 5.). c. 22. X. de elect. (1. 6.). c. 15. X. de testibus (2. 20.). S. Damasus ordo jud. bei Wunderlich anecdota l. c. tit. 88; Pillius ordo jud. bei Bergmann l. c. p. 8. § 15; Tancredus ordo jud. ibidem p. 8. tit 15: Gratia ordo jud. ibidem. p. 2. tit. 8; Durantis l. c. l. II. p. II. de disput. et alleg. advocat. Vgl. Wieding: Der Justinianeische Libellproceß (Wien 1865), dem ich vollkommen beistimme, wenn er S. 725 bemerkt, daß in der „quaestio juris et nominis mit ihren Beweisen des Rechts und der Billigkeit", welche einen besonderen Bestandteil im Proceßgange des Brachylogus bildet, „die Grundlage der in der späteren Gloffatorenzeit nach dem Beweise der Thatsachen folgenden Parteien-Allegationen oder Disputationen" zu erblicken ist. Molitor: Ueber canon. Gerichtsverf. gegen Cler. (Mainz 1856). S. 162. 163.

[20]) Wie das sog. Haupt- oder Schlußverfahren des gemeinen Civilprocesses, s. Schmid l. c. II. § 128. u. § 152 c. f.; Linde l. c. § 252; Heffter l. c. § 395; Bayer l. c. S. 935. 973; Langenbeck l. c. S. 440; Endemann Civilproc. § 211. V; Renaud l. c. § 218. Hiernach muß das hier im I. Teile S. 116 Gesagte richtiggestellt werden.

[21]) S. Pillius l. c. i. f.; Tancredus l. c. § 8 u. 5: Durantis l. c. § 2 i. f. Mit der Bemerkung Molitors l c. S. 163: „Nötigenfalls (d. h. wenn die Parteien nicht freiwillig auf weitere Allegationen verzichten) soll sie der Richter dazu anhalten" ist die Sache wol nicht abgethan. Denn es bleibt da doch immer noch fraglich, was dann, wenn auch dieses „Anhalten" des Richters vergeblich wäre? Durantis, auf den Molitor verweist, meint da wol ein energischeres Eingreifen des Richters, wie ja schon Pillius l. c. sagt: „Sed quid, si non fuerit allegationibus renunciatum et judex sententiam tulerit, an valebit? Resp. credo, quod sic."

An dem hier erörterten Verfahren müssen jedoch wesentliche Modificationen eintreten, wenn ein Augenschein auf Ansuchen einer Partei nach Analogie der Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse vorzunehmen ist. Denn dieses Ansuchen geht doch nach der hier maßgebenden Auffassung des canon. Rechtes dahin, der Richter möge noch vor Beginn des Processes oder bevor derselbe soweit gediehen ist, daß im ordentlichen processualischen Wege zur Vorname des Augenscheines geschritten werden könnte, jene Acte vornehmen, welche seinerzeit zur Constatirung einer für den Proceß entscheidenden evidentia facti erforderlich sein würden. Bei Bewilligung dieses Ansuchens steht der Richter offenbar außerhalb des Processes, seine hiefür zu entwickelnde Thätigkeit fällt weder in das ihm obliegende Proceßleitungsamt, noch unter den Gesichtspunkt der ihm im Processe obliegenden Verpflichtung, von Amtswegen zu kennen, ob im concreten Falle eine Thatsache des Beweises nicht bedürfe. Daher muß auch jedwede officielle Thätigkeit des Richters, die sonst bei Vorname des Augenscheines verwaltet, bei diesem Verfahren ganz in den Hintergrund treten, er kann hiebei über das ausdrückliche Begehren der Partei in keiner Richtung hinausgehen. Da hat also die ansuchende Partei zu erwägen und zu beantragen, in welcher Weise vorzugehen ist, damit der jetzt schon vorgenommene Augenschein seinem künftigen Zwecke entspreche, auf welche Punkte die Wahrnehmung insbesondere zu richten, was dem Richter etwa vorzulegen ist oder wohin er sich zu begeben habe u. dgl., u. z. hat sie dieß entweder sofort in dem Ansuchen um diese Augenscheinsvorname oder abgesondert nach erfolgter Bewilligung des Ansuchens zu thun. Der Richter führt die dießfälligen Anträge und Begehren, soweit sie ihm überhaupt zulässig und nicht rein unnütz oder zwecklos erscheinen, nur aus, hat aber auch hier nach Analogie des c. 41. X. de testib. (2. 20.) für genaue Feststellung des Geschehenen und der Ergebnisse zu den Acten zu sorgen. Daß hier im Gegensatze zur sonstigen Vorname des Augenscheins im Processe die Initiative und der Betrieb der Partei vorwalten muß, beruht auch auf meritorischen, sachlichen Gründen; denn solange der Proceß noch nicht anhängig ist, kann wol die Partei, die den seinerzeit geltendzumachenden Sachverhalt kennt, nicht aber der Richter wissen, in welchem Zusammenhange das betreffende Factum, um dessen Evidenz es sich eben handeln wird, steht, auf was also bei Vorname des Augenscheines insbesondere zu sehen ist, und welche Vorkehrungen zur sicheren Wahrnehmung in diesem vorläufig nur ihr vollständig bekannten Falle führen dürften. Dem Richter fehlt hiefür, auch wenn ihm durch das Ansuchen der Partei die Relevanz des betreffenden Factums klar gemacht ist, die erforderliche Orientirung. Der Zweck dieser besonderen Art der Augenscheinsvorname kann auch bei dieser Regelung des Verfahrens nach dem eigenen Betriebe der Partei vollständig erreicht werden, wie ja auch die ganze eigentliche Beweisführung ad perpetuam memoriam nicht der officiellen Thätigkeit des Richters überwiesen, sondern ganz allgemein unter den eigenen Betrieb der Parteien gestellt ist, und es entspricht ja auch durchaus dem Charakter des Civilprocesses, daß die Partei

es sich eben selbst zuzuschreiben hat, wenn sich dann im Processe selbst bei Verwendung des ad perpetuam memoriam Aufgenommenen herausstellt, daß sie bei dieser Aufname etwas unterlassen oder übersehen hat, was sich jetzt nicht mehr nachtragen oder herstellen läßt und wodurch die volle Wirkung des zum ewigen Gedächtnisse Festgestellten vereitelt wird[22]). Zu dieser Vorname des Augenscheins hat der Richter jedesfalls nach Analogie des cit. c. 41. X. de test. (2. 20.) auch die Gegenpartei, wenn dieselbe nur schon zu bestimmen und bekannt ist, zuzuziehen und auch deren Bemerkungen und Anträge aufzunehmen und zu berücksichtigen. Ueber Antrag der Parteien[23]) sind nach Beendigung des Augenscheins die darüber aufgenommenen Acten behufs Sicherstellung gegen Unterschiebungen oder Fälschungen zu verschließen und bei Gericht bis zur seinerzeitigen Verwendung aufzubewahren. Die Verwendung dieser Acten tritt sodann, wenn der Proceß, mit Rücksicht auf welchen der Augenschein zum ewigen Gedächtnisse vorgenommen wurde, wirklich geführt wird oder entsprechend vorgeschritten ist, an die Stelle der sonst erforderlichen Vorname des Augenscheins und dieselben haben dem Richter für die Beurteilung der evidentia facti ebenso als Substrat zu dienen, als wenn der Augenschein jetzt erst vorgenommen worden wäre. Was der Richter hiebei etwa zur Aufklärung oder Ergänzung des in den Acten Festgestellten für notwendig hält, hat er von Amtswegen anzuordnen und durchzuführen; findet er aber das darin Enthaltene für seine Beurteilung ganz unzureichend, dann muß die beweispflichtige Partei zum Beweise des Factums, dessen Evidenz dadurch hätte constatirt werden sollen, schreiten. Wenn sich aber herausstellt, daß die wirkliche Vorname des Augenscheins auch jetzt noch vollkommen möglich ist, daß also der Fall, aus dessen Besorgniß der Augenschein zum ewigen Gedächtnisse früher vorgenommen wurde, gar nicht eingetreten ist, so hat der Richter dieselbe ohneweiters, u. z. selbst dann anzuordnen, wenn nach Lage der Dinge das zum ewigen Gedächtnisse Aufgenommene für die Beurteilung des Richters offenbar ganz ausreichend wäre. Denn das ad perpetuam memoriam Aufgenommene bildet doch immer nur ein Surrogat für den Fall, daß die Vorname des Augenscheins, resp. die Beweisaufname zu der Zeit, da sie eigentlich erfordert würde, nicht mehr möglich wäre und es ergibt sich daher aus der Natur der Sache, daß, wenn dieser Fall eben nicht eintritt, auch nicht das Surrogat an die Stelle des eigentlich Erforderlichen zu treten hat. Der Richter kann das früher Aufgenommene bei der nunmehrigen Augenscheinsvorname zwar nach seinem Ermessen benützen, aber darf es nicht anstatt derselben ausschließlich verwenden.

---

[22]) Aus den erörterten processualischen und sachlichen Gründen kann ich der Ansicht Wetzell's l. c. S. 472. daß „der extrajudiciell erbetene Augenschein .... in den oben beschriebenen processualischen Formen (d. i. unter officieller Bethätigung des Richters) vorzunehmen sei", nicht beipflichten.

[23]) Nicht von Amtswegen; denn auch die Sorge dafür, daß die bießfälligen Acten in ihrem ursprünglichen, unveränderten Bestande und Inhalte dann im Processe zur Verwendung kommen, trifft nicht den Richter, sondern die Partei.

b.) Im Verfahren in Straffachen.

Die officielle Thätigkeit des Richters, welche nach canon. Rechte bei Vorname des Augenscheines schon im Civilprocesse vorwaltet, tritt im canon. Strafverfahren, abgesehen vom accusatorischen Processe, welcher nach dem im I. Teile S. 13—15 Gesagten hier nicht in Betracht kommt, sich übrigens im Wesentlichen durchaus in den Formen und Bahnen des Civilverfahrens bewegt [1]), der ganzen inquisitorischen Anlage und Gestaltung desselben entsprechend viel durchgreifender und consequenter hervor. Den Charakter, welchen im Civilprocesse das richterliche Proceßleitungsamt an sich trägt, hat hier die ganze Proceßführung; hier leitet der Richter nicht bloß die Vorlage des gesammten Proceßmaterials, welcher er im Civilprocesse vollkommen fremd gegenübersteht, sondern hier hat er selbst alle die Thatsachen und Beweise, welche eben den Proceßstoff bilden, aufzusuchen, zu sammeln und in eine für die schließliche Entscheidung verwendbare Form zu bringen; nicht bloß die Proceßleitung, sondern der ganze Proceßbetrieb ist hier Amtssache des Richters. Eine Mitwirkung von Parteien kann da nur zur Unterstützung des Richters in dieser Thätigkeit oder zum Behufe der dem Beschuldigten gesetzlich gesicherten Vertheidigung Platz greifen, keineswegs aber kann dadurch die Thätigkeit des Richters bedingt oder ersetzt werden. Dieß liegt entschieden schon in der ursprünglichen Auffassung der canonischen inquisitio, wie sie sich in den dießfalls maßgebenden Decretalen Innocenz III. ausspricht; denn wenn in c. 24. X. de accus. (5. 1.) und in c. 31. X. de simonia (5. 3.) unter Berufung auf die Stelle der Genesis (c. 18. v. 21): „Descendam et videbo, utrum clamorem, qui venit ad me, opere compleverint" gesagt wird: „tunc (praelatus s. judex) debet descendere et videre, id est mittere et inquirere, utrum clamorem, qui venit, veritas comitetur" und der Richter müsse demnach „coram ecclesiae senioribus veritatem diligentius perscrutari, ut . . . canonica districtio culpam feriat delinquentis," so ist damit im Wesentlichen alles das oben Gesagte bestimmt und deutlich angedeutet [2]).

Daraus folgt nun für die Vorname des Augenscheines insbesondere, daß es dazu niemals eines Impulses von irgend welcher Seite bedarf, sondern der Richter damit von Amtswegen vorzugehen hat, so oft und wann er dieß für das ihm gesteckte Ziel: „veritatem diligentius perscrutari" als nützlich oder nothwendig erkennt. Auch für die Art und Weise, wie der Richter vorzugehen hat, wenn er die Vorname des Augenscheines für nothwendig findet, auf welche Punkte er seine Wahrnehmung insbesondere zu richten hat und wodurch er die Verläßlichkeit derselben sichern kann, hat das canon. Recht hier keine nähere Be-

---

[1]) „Qualiter autem in accusatione procedendum sit, facile est videre; nam fere eadem in ea servanda sunt, quae etiam in civili actione." Durantis l. c. lib. III. p. I. de accusatione. § 1. Vgl. Molitor l. c. S. 118. Note 1. S. 138; Münch l. c. I. Buch 4. Tit. 1. Nr. 1. Tit. 5. Nr. 4. Note 1 u. 2.

[2]) Vgl. auch c. un. X. ut eccles. benef. sine dim. conf. (3. 12.); c. 17. 19. 21. X. de accus. (5. 1.); c. 10. X. de purg. canon. (5. 34.).

stimmung, als diejenige, welche sich aus dem erwähnten Ziele der „veritas diligentius perscrutanda“ ergibt; d. h. der Richter, in dessen Hände die ganze Proceßführung gelegt ist, hat eben auch diese speciellen Fragen im concreten Falle sorgfältig zu erwägen und dann so vorzugehen, wie es nach seiner Einsicht erforderlich ist, um das bezeichnete Ziel zu erreichen. Bedarf der Richter zur Ausführung dessen der Herausgabe und Vorlage bestimmter in Jemandes Besitz befindlicher Gegenstände, des Zutrittes zu gewissen Localitäten u. dgl., so hat er selbst sich dieß mit den ihm gesetzlich zu Gebote stehenden Mitteln[3]) zu verschaffen und ebenso muß er selbst auf eine etwaige Gefahr, daß die Vornahme des Augenscheins durch eintretende Veränderungen später unmöglich werden könnte, aufmerksam sein und dieselbe durch sofortiges Vorgehen hintanhalten, so daß hier von einer Augenscheinsvornahme nach Analogie der Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse ebenso wenig, als von der letzteren selbst die Rede sein kann[4]). Darnach hat denn auch die besondere Auffassung des canon. Rechts, wornach der Augenschein nicht als eigentliches Beweismittel, sondern als Mittel zur Constatirung der evidentia facti, d i. der Notorietät der betreffenden Thatsache erscheint, hier im Strafverfahren nur die eine wichtige Consequenz, daß, wenn die strafbare Handlung selbst der Gegenstand der unmittelbaren Wahrnehmung des Richters als solchen ist, damit die Notorietät des Vergehens festgestellt und nach den dießfälligen besonderen Bestimmungen des canon. Rechts[5]) außer den dem Angeschuldigten unter allen Umständen zustehenden und zu wahrenden Vertheidigungsacten kein weiteres Verfahren mehr erforderlich ist, sondern sofort zur Urteilsfällung geschritten werden kann.

---

[3]) Nach canon. Rechte sind dieselben freilich nicht besonders weit reichend; denn von einem Editionszwange, dem Rechte zur Beschlagname, zur Hausdurchsuchung u. ähnl., wie solche sich in consequenter Fortentwicklung des inquisitorischen Princips im neueren deutschen Criminalprocesse herausgebildet haben (vgl. Mittermaier Strafverf. I. § 65 u. ff.; Zachariae l. c. II. § 95—98; Planck l. c. § 94. 95. 101.) ist im canon. Rechte noch Nichts zu finden. Ueber die im röm. Rechte vorkommenden Hausuchungen und über das für Exhibitionszwang im canon. Rechte angeführte c. 1. § 1. in Clem. de usur. (5. 6.) s. insbes. Zachariae l. c. II. § 96. Note 2 u. § 97 Note 4. Nichtsdestoweniger steht außer Zweifel, daß der Richter auch im canon. Rechte in der ihm zu gerichtlichen Zwecken überhaupt selbst im Civilprocesse zur Durchführung seiner Anordnungen, ja sogar auch außergerichtlich zu bloßen Verwaltungszwecken zustehenden (s c. 25. X. de rescript. 1. 3; c. 5. X. de offic. jud. deleg. 1. 29; c. 1. u. 3. X. ut lite non cont. 2. 6; c. 20. X. de jurejur. 2. 24; c. 19. X. de appell. 2. 28; c. 7. de haeret. in VIto. 5. 2; c. un. in Extrav. Comm. de furtis. 5. 5; bes. Conc. Trid. sess. 25. c. 3. de ref. Vgl. Schilling: Der Kirchenbann (Leipz. 1859.) § 55; München l. c. I. Buch 1. Titel 19. § 11; II. Buch 2. Titel 6. § 15 u. 39.) Androhung und Verhängung der kirchlichen Censuren ein Zwangsmittel hat, welches auch zu den im Texte angeführten Zwecken vollkommen verwendbar ist.

[4]) S. 1. Teil. S. 123.

[5]) c. 15. 16. 17. C. II. q. 1; dictum Grat. ad c. 1 u. 16 cit; c. 24. X. de accus. (5. 1.); c. 31. X. de simon. (5. 3.); Lancredus ordo jud. l. c. p. II. tit. 7. § 1; Durantis l. c. lib. III. p. I. de notoriis crimin. § 1; Molitor l. c. S. 102

Im Uebrigen aber, wenn nur ein ſonſt im Strafverfahren relevantes Factum Gegenſtand der Wahrnehmung beim Augenſcheine iſt, bewirkt dieſe Auffaſſung hier keine Beſonderheiten, denn ob die Gewißheit einer ſolchen Thatſache durch Beweis feſtgeſtellt oder die eine Beweisführung als unnötig herausſtellende evidentia facti conſtatirt wird, das macht dort, wo das Eine ebenſo, wie das Andere der amtlichen Thätigkeit des Richters obliegt, keinen Unterſchied.

Daß es für die Frage, ob und wie der Augenſchein vorzunehmen iſt, ganz unentſcheidend iſt, in welchem der freilich erſt durch die ſpätere canoniſtiſche Doctrin und Praxis herausgebildeten Stadien des Strafverfahrens [6]) ſich das Bedürfniß der Augenſcheinsvorname ergeben mag, iſt ſchon oben angedeutet worden. Es gibt ebenſo wenig irgend einen rationellen Grund, als eine poſitive geſetzliche Beſtimmung, wodurch der Richter dießfalls gebunden wäre. Aber auch der Umſtand iſt dafür ohne Bedeutung, ob der Richter die inquisitio für ſich allein führt oder ob dieſelbe, wie ſchon in der Geſetzgebung Innocenz III. wenigſtens angedeutet iſt [7]), cum promovente oder prosequente geführt wird; denn nach dem Sinne, in welchem dieſer promovens oder prosequens inquisitionem in der citirten Decretale Innocenz III. ſowol, als in der ſpäteren Ausbildung dieſer Einrichtung durch die Canoniſten gefaßt erſcheint, hat derſelbe immer nur eine die maßgebende officielle Thätigkeit des Richters unterſtützende, keineswegs eine ſolche Stellung, daß von ſeinem Einſchreiten die letztere irgendwie abhängig oder daran gebunden wäre [8]). Nur an die allgemeine Beſtim-

---

u. ff. S. 190 u. ff.; Bouix tract. de jud. eccl. II. pag. 294 et seq.; München l. c. I. Buch 5. Titel 5.

[6]) Vgl. I. Teil. S. 120 u. ff.

[7]) c. 19. X. de accus. (5. 1.). S. dazu Gloſſe ad c. 24. X. h. t. (5. 1.) v. „ad inquirendum“; Tancredus l. c. p. II. tit. 7. § 3; Durantis l. c. lib. III. p. I. de inquis. § 8; Biener Geſch des Inquiſitionsproc. Cap. 3. Nr. 7. S. 58. 60; Molitor l. c. S. 172. 182 u. ff. Wenn Molitor l. c. S. 284 ausdrücklich erklärt, daß die inquisitio cum promovente ſchon „in den Beſtimmungen Innoc. III. angedeutet iſt“, ſo hat ſeine S. 172. Note 4 gegen Biener l. c. gerichtete Bemerkung, daß er letzterem nicht beſtimmen könne, die inquisitio cum prosequente „ſchon in der Geſetzgebung Innoc. III. ausgeſprochen zu ſehen“, um ſo weniger Bedeutung, als ja auch Biener nicht behauptet, dieſes Inſtitut ſei da ſchon ausgeſprochen, ſondern S. 60 ausdrücklich ſagt: „Die Canoniſten haben daher auf Veranlaſſung des c. 19. X. de accus. den letzteren Fall als eine eigene Gattung der Inquiſition, als inquisitio cum prosequente aufgeſtellt.“

[8]) So ſagt ſchon die cit. Gloſſe ad c. 24. X. de accus. v. „ad inquirendum“ c. l.: „Item, numquid reus posset petere a judice, ut reinquireret contra illum, qui inpetrauit inquisitionem, sicut contingit in aliis judiciis, ubi admittitur reconuentio? .... Dicas, quod non, quia inquisitio judicis officio expeditur, non jure actionis.“ Und Durantis l. c. § 3 Nr. 29 i. f. gebraucht als gleichbedeutend die Bezeichnungen: „si fit inquisitio aliqua impetrante, seu prosequente, uel adjuuante ipsam.“ Die Bemerkung Biener's l. c. S. 58, daß dabei der Denunciant, reſp. der prosequens inquisitionem „als Beweisführer thätig war“, iſt nicht ſo zu verſtehen, als ob da die Beweisführung der officiellen Thätigkeit des Richters ganz entzogen und dieſem promotor allein übertragen geweſen ſei; denn Biener ſelbſt ſagt weiter: „Daneben war auch noch die Möglichkeit vorhanden, daß Beides vereint

mung (c. 24. X. de accus. cit.) ist der Richter unter allen Umständen gebunden, daß er bei seinem Vorgehen dem Inquisiten volle Gelegenheit zu seiner Verteidigung gewähre und daraus folgt, daß er ihn auch zur Vorname des Augenscheins zuzuziehen verpflichtet ist, wenn sich, worauf er eben auch von Amtswegen zu achten hat, ergibt, daß durch Unterlassung der Zuziehung des Inquisiten das Verteidigungsrecht desselben beeinträchtigt werden könnte.

c.) Im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten.

Andere Bestimmungen, als die hier unter lit. a) und b) erörterten, gelten auch in dieser Art des Verfahrens für die Vorname des Augenscheines nicht; das Eigentümliche besteht nur darin, daß da teils der unter lit. a) teils der unter lit. b) bezeichnete Vorgang zur Anwendung kommt und ob das Eine oder das Andere der Fall ist, das hängt von der Natur der Thatsache ab, welche im Augenscheine der eigenen Wahrnehmung des Richters zu unterstellen ist [1]). Gehört dieselbe zu demjenigen Teile des Proceßmaterials, welcher die Grundlage der Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand des kirchlich Spirituellen bildet, so ist das unter lit. b) Gesagte maßgebend, gehört sie dagegen zu dem Proceßmateriale, welches nur zur Begründung der in diesem Verfahren geltendgemachten rein privatrechtlichen Ansprüche dient [2]), so gilt das unter lit. a) Ausgeführte. Die hiernach erforderliche Sichtung des gesammten Proceßstoffes ist ein natürlicher Bestandteil der hier vorwaltenden officiellen Thätigkeit des Richters.

---

2. Capitel.

Beim Beweise durch Zeugen.

a.) Im Verfahren außer Straffachen.

Sowie im canonischen Processe das Beweisverfahren als Ganzes keinen besonderen, von den übrigen Acten des Verfahrens vor der Entscheidung

---

also der Denunciant (resp. prosequens inquis.) zum Beweise gelassen wurde, wärend auch dem Richter frei stand, auf seinem eigenen Wege zu untersuchen. Die Entscheidung darüber war ganz dem Richter überlassen." — Die von Molitor l. c. S. 284 u. ff. dargestellte neuere Entwicklung beruht schon auf fremden Einflüssen.

[1]) Vgl. I. Teil. S. 10. 11. In c. 5. X. de procurat. (1. 38.) wird die auf Grund eines Ehebruches erhobene Klage auf Scheidung geradezu als accusatio (resp. causa) „quasi mixta inter civilem et criminalem" bezeichnet. In den Beilagen Nr. 183 u. ff. tritt das amtliche Vorgehen des Richters bei den causae spirituales sehr deutlich hervor.

[2]) Daß der kirchliche Richter in der Blüthezeit der geistl. Gerichtsbarkeit, der ja auch die Ausbildung des canon. Proc. angehört, in den causae spirituales in der That immer auch über solche rein civile Fragen zu verhandeln und zu erkennen hatte, darüber vgl. insbes. Dove de jurisdict. eccl. ap. Germ. Gallosque progressu (Berol. 1855.) p. 85. 86; Friedberg de fin. int. eccles. et civ. reg. jud. (Berol. 1859.) p. 121 et seq; Phillips Lehrb. des KR. II. § 177. Nr. IV. 1; Schulte System des KR. S. 413; Richter-Dove Lehrbuch des KR. (6. Aufl.). § 207. I.

scharf abgegrenzten Abschnitt bildet, ebenso treten darin auch diejenigen Stadien, welche die Doctrin des gemeinen Civilprocesses am Beweisverfahren selbst wieder unterscheidet (Beweisantretung, Productionsverfahren, Haupt- oder Schlußverfahren [1]), noch nicht bestimmt markirt hervor [2]). Dennoch mußte sich jenes allmälige Vorschreiten der Beweisführungsthätigkeit, welches in den genannten Stadien ausgedrückt ist, auch schon im canonischen Processe aus dem einfachen Grunde äußern, weil sich dasselbe eben als die natürliche Forderung eines geordneten Vorganges überhaupt und insbesondere dort darstellt, wo, wie bei Zeugen, der Gebrauch eines Beweismittels ein weitläufigeres Vorgehen notwendig macht. Da im Civilprocesse der Beweis Sache, resp. Pflicht der Partei ist [3]), so hat natürlich auch sie die Initiative dazu zu ergreifen und dieß kann sie in verschiedener Weise thun. Sie kann entweder vorerst nur ihre Absicht erklären, den Beweis führen zu wollen, d. i. also den Beweis anbieten, oder ohne solche Anbietung das ihr zu Gebote stehende Beweismittel sofort vorbringen. Für den canon. Proceß liegt weder eine positive gesetzliche Bestimmung, noch irgend ein rationeller Grund vor, wodurch die Partei verhindert wäre, das Beweismittel, wenn sie es zur Verfügung hat, sofort vorzulegen, sobald sie dieß für notwendig oder zweckmäßig erkennt. Ein abgesonderter, selbstständiger Act der Beweisanbietung ist da zwar vollkommen zuläßig, aber keineswegs zur Beweisführung notwendig [4]). Die beweisführende Partei braucht auch damit nicht zu warten, bis sie nach der Litiscontestation aus der erfolgten Beantwortung der von ihr gestellten Positionen [5]) erkennt, daß sie es, um auf ein

---

[1]) S. Martin l. c. § 185; Linde l. c. § 249—253; Hefftter l. c. § 374—377; Schmid l. c. II. § 125—129; Bayer l. c. § 277. 278. 281. 282; Endemann Civilproc. § 211; Wetzell l. c. S. 891 ff.; Renaud l. c. § 208. Detaillirter: Haimerl im Magazin Bd. 14.

[2]) S. I. Teil. S. 112 u. ff.

[3]) S. I. Teil. S. 25 u. ff.

[4]) Die Frage, wann die Zeugen zu produciren sind, ist von Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis nur mit der allgemeinen Erklärung beantwortet: „post litem contestatam", eine nähere Bestimmung aber in keiner Weise festgesetzt: S. c. 1. 4. 5. X. ut lite non cont. (2. 6.); Lancredus ordo jud. l. c. p. 3 tit. 8. § 1; Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 2; Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 5. Nr. 43 u. ff.; J. H. Böhmer J. E. P. II. 20. § 25.

[5]) Ueber das Positionalverfahren und dessen Stellung zum Beweisverfahren im canon. Proc. s. I. Teil. S. 38. 71. 72. 114 und zu den dort Citirten noch: Durantis l. c. lib. II. p. II. de positionibus; J. Urbach processus jud. edidit Muther (Hal. 1873.) p. II. cap. 31; Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1182. 1183; Scaccia tract. de judic. lib. I. cap. 60. u. lib. II cap. 7; Molitor canon. Gerichtsverf. (Mainz 1856.) S. 151 u. ff.; Langenbeck l. c. S. 23; Endemann Beweisl. S. 20. Note 5. S. 131 u. ff. Civilproc. § 111. S. 419 u. ff.; Wetzell l. c. S. 572. 888. 889; Renaud l. c. § 95; Hinschius im Archiv f. civil. Praxis. Bd. 47. S. 113 u. ff.; Nissen Gewissensvertretung (Leipzig 1861.) S. 62 u. ff.; Zimmermann Glaubenseid (Marburg u. Leipzig. 1865.) S. 166 u. ff. Sodann s. die Beilagen Nr. 98 u. ff.

ihr günstiges Erkenntniß rechnen zu dürfen, bei dem, was ihr Proceßgegner da eingeräumt hat, nicht bewenden lassen kann oder will [6]), bis sich ihr also das Unternehmen der Beweisführung als notwendig herausstellt, sondern sie kann dieß auch schon früher zugleich mit dem Vorbringen der Klage, überhaupt vor der Litiscontestation thun. Die älteren Canonisten stellen dieß zwar unter Berufung auf c. 19. X. de judiciis (2. 1.) und den Titel X. ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionem vel ad sententiam diffinitivam in Abrede und erklären einen solchen vor der Litiscontestation vorgenommenen Act als unwirksam [7]), jedoch mit Unrecht. Denn in den angeführten Bestimmungen des canonischen Rechts ist durchwegs nur von der receptio testium die Rede, was doch sowol speciell rücksichtlich des Zeugenbeweises, als auch bei analoger Ausdehnung auf andere Beweisesarten nur auf die Ausführung und Aufname des Beweises bezogen werden kann. Nach Sinn und Inhalt dieser Bestimmungen hat die erwähnte Beweisanbietung, sowie die sofortige Vorbringung des Beweismittels ante litem contestatam nur insoferne nicht die volle Wirkung für das Beweisverfahren, als der Gegner nicht gehalten ist, darauf irgendwie einzugehen, er kann dieß vollständig ignoriren, ohne sich den ihn sonst treffenden Nachteilen auszusetzen. Hat dieß der Gegner wirklich gethan, dann ist der Beweisführer allerdings genötigt, die früher vorgelegten Beweismittel nach der Litiscontestation im regelmäßigen Gange des Beweisverfahrens nochmals zu produciren. Aber der Richter kann das nicht ignoriren; er muß die bloße Beweisanbietung, gegenüber welcher dem Gegner ohnehin ein bestimmtes Eingreifen in die Beweisführung noch nicht zusteht, ebenso berücksichtigen, wie wenn sie nach der Litiscontestation erfolgt und wenn der Gegner auf die schon mit der Klage resp. Exceptio erfolgte Vorlage von Beweismitteln irgendwie, z. B. durch Einwendungen dagegen, Begehren einer Abschrift der vorgelegten Urkunde u. dgl. eingegangen ist, dann hat dieß auch seine volle Wirksamkeit für das nach der Litiscontestation erst als notwendig sich ergebende Beweisverfahren und dieses braucht sich sodann an die bereits vorgenommenen Acte nur einfach an-

---

[6]) Daß die Partei das sehr sorgfältig zu erwägen und zu beurteilen habe, heben schon besonders hervor Durantis l. c. lib. II. p. II. de confession. Rubr.; J. Urbach l. c. cap. 84. (S. 186.): „Advertat tamen diligenter actor, an omnes positiones suas reus sit confessus. Si ergo aliquas positiones reus est confessus, videat, an per confessatas sua intentio sit probata et tunc sententiam postulet ipse actor .... Unde, si reus omnes, vel aliquas positiones negauerit, tunc actor habet intentionem suam probare."

[7]) S. Damasus l. c. tit. 58. pr.; Tancredus l. c. p. 3. tit. 5. § 5. tit. 8. § 1.; Durantis l. c. lib. I. p. 4. de testè § 2. lib. II. p. 2. de probat. § 2. Nr. 2. de instrum. edit. § 5. Nr. 4; bes. Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 5. Nr. 43 u. ff. quaest 6. Nr. 145. 146. Vol. II. concl. 924; Scaccia l. c. lib. I. cap. 103. Nr. 8 i. f. lib. II. cap. 4. 5 u. die von beiden Citirten; Schmalzgrueber l. c. p. II. tit. 6. p. III. tit. 22. § 4. Nr. 81; J. H. Böhmer l. c. II. 20. § 25. Gegen die Heranziehung des c. 9. X. de probat. (2. 19.) s. schon Mittermaier im civil. Arch. Bd. 1. S. 122.

zuſchließen[8]). In dieſem Sinne und Umfange, mit Rückſicht auf die hier vorherrſchende Scheidung des Verfahrens in den Abſchnitt vor der Litiscontestation und nach derſelben, iſt alſo auch im canoniſchen Proceſſe eine Anticipation des Beweiſes zuläſſig und nicht ohneweiters wirkungslos, aber es fällt von ſelbſt auf, daß dieß einen ganz anderen Sinn hat, als die auf die Trennung des Beweis- und des ſog. erſten Verfahrens durch das Beweisinterlocut ſich beziehende Beweisanticipation im gemeinen deutſchen Civilproceſſe[9]).

Eine andere Frage iſt es freilich, ob ſowol dieſe in der Beweisführung überhaupt zuläſſige Beweisanticipation, als auch nur die ſofortige Vorlage des Beweismittels ohne vorherige Anbietung des Beweiſes, wie es ja gleichfalls zum Antritte des Beweiſes überhaupt ohneweiters zuläſſig iſt, ſpeciell bei der Beweisführung mit Zeugen beſonders practicabel iſt. Und da drängt die Natur des Zeugenbeweiſes in beiden Richtungen zu negativer Entſcheidung. Die Führung des Zeugenbeweiſes iſt viel zu umſtändlich und mühſam, als daß ſich die Preceßpartei bewogen fühlen ſollte, damit, ſei es auch nur anbietungsweiſe, ſchon zu einer Zeit hervorzutreten, zu welcher der Umfang ihrer Beweispflicht noch nicht feſtſteht; ſie darf von dem folgenden Poſitionalverfahren doch immer eine Entlaſtung erwarten und dieß iſt ſicher kein Impuls für ſie, ſich ſchon früher auf Zeugen zu berufen, deren ſchließliche Ausſage ihr doch zu wenig bekannt und ſicher iſt. Da ſie geſetzlich dazu in gar keiner Weiſe verhalten iſt, ſo iſt es auch natürlich, daß ſie in der Regel gar nicht darauf verfallen wird. Eine Anticipation der Beweisführung wird alſo beim Zeugenbeweiſe nur in ganz ſeltenen Fällen vorkommen[10]). Nicht viel anders ſteht es mit dem zweiten Punkte. Die Zeugen, auf welche ſich die

---

[8]) Die Anſicht der in voriger Note angeführten älteren Canoniſten iſt trotz der ausgeſprochenen entſchiedenen Verneinung doch ſachlich von dem hier Geſagten nicht ſo weit abweichend, denn ſie fügen die Beſchränkung hinzu (z. B. Mascardus l. c Vol. II. concl. 924. Nr. 5): „ut (conclusio, quod instrumentum productum ante litis contestationem non probat) non procedat, quando hujusmodi instrumentum fuit impugnatum et insignatus terminus ad impugnandum“ etc.

[9]) Treffend hebt Endemann Civilproc. § 160. Note 1. hervor: „Im canon. Rechte kann nur von der Anticipation die Rede ſein, daß in dem Stadium der Verhandlung über die Form der Klage (dilat. Einwendungen) doch ſchon die thatſächliche Explication und dann auch der Beweis eingeführt wird.“ Vgl. die da an der Spitze des § 160 u. bei Renaut l. c. § 147. Note *) gegebenen Citate, namentlich Mittermaier im civil. Arch. Bd 1. S 120 ff u. Planck Beweisurteil S. 357 u. ff.; Büchel l. c. S. 32.

[10]) Daß aber anticipative Beweisanbietung überhaupt vorkam, beweiſen z. B. „die Acten eines ſchriftlichen Proceſſes aus den Jahren 1340 u. 1341“ herausgegeben von R. Hermann (Jena. 1871), wo S. 10 der Kläger den Klaglibell ſchließt: ... „astringens se nunc ad probandum omnia et singula praemissa,“ sed dumtaxat ad ea, quae sibi pro intencione sua in hujusmodi causa fundanda sufficere poterunt quomodolibet aut debebunt“ u. ebenſo der Beklagte ſeine Klagebeantwortung S. 12: ... „et volens concurrere in probando contrarium cum dicta actione, petens me ad hoc humiliter admitti.“ Vgl. dazu den Schluß der forma libelli in actione reali und personali bei J. Urbach l. c. p. I. cap. 22. u. 23. S. 108. 117.

Partei berufen zu können glaubt, stehen ihr in der Regel nicht derart zur Verfügung, daß sie dieselben sogleich vor Gericht mitbringen oder auch nur mit der erforderlichen Bestimmtheit benennen könnte, sobald die Positionen beantwortet sind und zur Beweisführung geschritten werden muß. Gesetzlich ist die beweisführende Partei dazu gar nicht gedrängt, sie kann sich die erforderliche Zeit, um zunächst über ihr Beweisthema und sodann darüber schlüssig zu werden, welche Zeugen sie über die eine, welche über die andere Thatsache vorführen soll, um die Zeugen selbst herbeizuschaffen u. s. f., ganz einfach dadurch sichern, daß sie den Beweis überhaupt oder den Zeugenbeweis insbesondere vorerst nur anbietet und es ist daher gewiß ebenso natürlich, daß sie dieß auch regelmäßig thun und daß somit der an sich nicht notwendige besondere Act der Beweisanbietung bei Führung des Zeugenbeweises in der Regel seine Stelle finden wird.

Diese Anbietung nun kann im canon. Processe entweder ganz allgemein oder mit specieller Bezeichnung des Beweismittels, das die Partei zu verwenden gedenkt, erfolgen. Die allgemeine, wenngleich noch ganz unbestimmte Erklärung, daß die Partei überhaupt beweisen wolle, ist nicht nur vollkommen zulässig, sondern auch häufig und allgemein in der Form angewendet, daß die Partei einen terminus ad probandum begehrt. Ja nach der Ausbildung des Positionalverfahrens wurde diese Erklärung regelmäßig schon mit der Stellung der Positionen (ponit et probare intendit ist die regelmäßige Formel) verbunden [11]) und sodann in dem Begehren eines terminus ad probandum nach erfolgter Beantwortung der Positionen nochmals zum Ausdrucke gebracht. Den begehrten Beweistermin hat der Richter in einer nach seinem Ermessen bestimmten Ausdehnung zu gewähren, er kann denselben nach Bedürfniß wiederholt erneuern, resp. verlängern, wenn die Partei unter Anführung entsprechender, die Erstreckung rechtfertigender Gründe dieß verlangt [12]). In Folge mißverständlicher Anwendung der in nov. 90. c. 4., c. 15. 55. X. h. t. (2. 20.) über die Zulässigkeit wiederholter Zeugenproductionen gegebenen Anordnung wurde sogar überwiegend in Theorie und Praxis der beweisführenden Partei ohneweiters ein förmliches Recht auf drei und „cum solennitate", d. i. gegen Leistung des speciel-

---

[11]) Wie J. Urbach l. c. p. II. cap. 32. S. 175 bezeugt, ist diese Verbindung erst spät in Uebung gekommen, obwol schon Durantis l. c. lib. I. part 4. de teste. § 5. Nr. 1. i. f. dieß mit der Bemerkung: „Quidam autem brevius se expedire volentes dicunt" etc. anführt. Ueber die Verbindung solcher Erklärung schon mit der Klage s. vorige Note.

[12]) S. Gratia l. c. p. II. tit 3. § 7. i. f. u. tit. 4; Durantis l. c. lib. II. part. 2. de probat. Rubr; J. Urbach l. c. p. II. cap. 34. S. 186; Mollitor l. c. S. 154; München l. c. I. S. 270. 271; Müchel l. c. S 49. Vgl. dazu Schaumann: Die Acten des ersten schriftl. Processes in Deutschland nach römisch-canon. Formen. (Jena 1847.) S. 32. 33 u. hier die Beilagen Nr. 19. 21. 22. 23. 24. 25. 28. 31. 38. 40. 43 u. a., wo ganz regelmäßig u. allgemein mit der Erklärung: „quia vult et intendit probare de juribus suis" der terminus ad probandum begehrt u. erteilt wird. — Ueber die Bedeutung dieses Beweistermins im Gegensatze zur Beweisfrist des gem. deutschen Civilproc. s. vorzüglich Planck Beweisurteil S. 145 u. Renaud l. c. § 99.

len Calumnieneides auch noch auf einen vierten ſolchen terminus ad probandum (als prima, secunda, tertia und quarta dilatio) zuerkannt[13]). Innerhalb dieſes Termines muß dann die Partei, wenn ſie den Beweis eben mit Zeugen führen will, die weiteren hier zu erörternden Schritte ergreifen, ſie hat mit der in ſo allgemeiner Form geſtellten und natürlich für jedwede Beweisführung anwendbaren Beweisanbietung vorläufig nur die erwünſchte Zeit zur Feſtſtellung und Begrenzung ihres Beweisthema's, zur Herbeiſchaffung der Zeugen u. dgl. gewonnen und es verſteht ſich von ſelbſt, daß dieſelbe für das Erkenntniß gar keinen Erfolg haben kann, wenn die Partei fortan gänzlich unthätig bleibt. Ja dem Standpunkte der beweisführenden Partei iſt es in keinem Falle angemeſſen, in dieſer Art Beweis überhaupt anzubieten. Denn, wenn ſie auch nur den erſten ihr ſo erteilten Beweistermin verſtreichen läßt, ohne eine ſpecielle Beweisführung begonnen zu haben, ſo hat ſie bei Erlangung der ſonſt ganz anſtandslos gewährten secunda dilatio und noch mehr natürlich bei Erwirkung der regelmäßigen weiteren dilationes ſchon Schwierigkeiten[14]) und ſodann muß ſie, wenn ſie einmal einen allgemeinen terminus ad probandum hat, jedesfalls für die Offenhaltung desſelben, ſolange ſie noch nicht alle ihre Beweisführungen beendigt hat, ſorgen, widrigenfalls ſie auf Begehren des Gegners und nach billigem Ermeſſen des Richters mit weiteren Beweisführungen präcludirt werden kann[15]). Dem Allen kann die Partei ſehr leicht entgehen und ſich dennoch den Vorteil vorläufiger Beweisanbietung vollkommen ſichern, wenn ſie, anſtatt einen ſolchen allgemeinen Beweistermin zu verlangen und ſich ſo ſelbſt eine feſte

---

[13]) S. Durantis u. J. Urbach an den in voriger Note cit. Stellen. Beide erwähnen zwar die Anſicht: „Vel secundum alios statuat (judex) unum terminum pro omnibus tribus dilationibus, scilicet pro prima, secunda et tertia dilatione“, fügen jedoch hinzu: „Primum tamen servatur.“ Dazu: Scaccia l. c. lib. II. cap. 3. Nr. 21 u. ff. 67 u. ff. 89 u. ff. 117 u. ff. Daß in der Praxis auch Ende des 15. Jahrh. an den tres dilationes regelmäßig noch feſtgehalten wurde, geht aus den Beilagen Nr. 22. 28. 31. u. a. hervor; ebenſo auch noch im reichskammergerichtlichen Proceß, ſ. Planck l. c. S. 198.

[14]) Durantis l. c. lib. II. p. II. de probat. Rubr. Nr. 1 ſagt hierüber: „Sed et cave, ut in primo termino aliquam inducas probationem, alioquin non dabitur tibi secunda dilatio sine causae cognitione .... secundum Aegid. Ex causa tamen dabitur tibi secunda et tertia, quarta vero non sine solennitate.“ Ebenſo Mascardus l. c. Vol. II. concl. 517.

[15]) Vgl. die Beilagen Nr. 21. 22. 28. 43., wo wiederholt von der Partei proteſtirt wird: „quod non currat sibi tempus et terminus probandi“ und auf: „cum sit jam lapsus terminus sibi assignatus ad probandum“ Anträge geſtützt werden. Uebrigens konnte ſolche Präcluſion nicht bloß durch Einverſtändniß beider Parteien, ſondern auch nach Ermeſſen des Richters durch Erteilung weiterer dilationes über die 4. hinaus (ſ. Beilagen Nr. 5. 31. 43.) verhältnißmäßig leicht vermieden oder unſchädlich gemacht werden. Auch war es beſtritten, ob die Beweisführung innerhalb der dilatio probatoria beendigt ſein mußte, oder ob es genügte, wenn z. B. die Zeugen innerhalb derſelben nur producirt und beeidigt waren. S. hierüber Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 17. Nr. 36 u. ff. u. Vol. III. concl. 1236.; Scaccia l. c. lib. II. cap. 3. Nr. 118. 120—125. 182 u. ff.

Grenze für ihre gesammte Beweisführungsthätigkeit zu setzen, sogleich den speciellen Beweis, den sie zu führen gedenkt, also hier den Zeugenbeweis anbietet dadurch, daß sie nur einen terminus ad producendum testes begehrt [16]). Dieß steht ihr im canon. Processe durchaus frei [17]) und da kann sie dann mit neuen Beweisführungen fortfahren, bis entweder von beiden Teilen probationibus renuntiatum est, oder der Richter, sei es auf Begehren des Gegners, sei es von Amtswegen kraft seines Proceßleitungsamtes einen terminus ultimus et peremptorius ad probandum gestellt hat [18]). Wol kann die Partei Gründe haben, trotzdem nicht den letzteren, sondern den ersten Weg einzuschlagen, weil sie z. B. unmittelbar nach Beantwortung ihrer Positionen oder, wenn solche nicht gestellt wurden, nach der Litiscontestation noch gar nicht weiß, welche Beweismittel ihr eigentlich zu Gebote stehen oder weil sie noch nicht schlüssig ist, mit welchem sie beginnen soll u. dgl., und andererseits kann, wie schon bemerkt, der Richter der Partei auch dann, wenn sie selbst keinen allgemeinen Beweistermin begehrt hat, einen solchen stellen, so daß es bei der Erstreckbarkeit des allgemeinen Beweistermines im Ganzen keinen so bedeutenden Unterschied machen wird, ob die beweisführende Partei denselben gleich selbst begehrt hat oder nicht. Allein in der Regel weiß doch die Partei schon bei Einleitung des Processes, ob und welche Beweismittel ihr zu Gebote stehen, und daß es

---

[16]) S. Durantis l. c. lib. I. p. 4. de test. § 3. Nr. 6; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 32. i. f. S. 180; Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 5. Nr. 23 u. ff.; Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. pr.

[17]) Ausdrücklich wird dieß betont durch Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 17. Nr. 34 unter Berufung auf Bartolus u. Baldus: „Quin etiam probationes peragi possunt nullo ad probandum praescripto termino“ und noch näher führt dieß aus Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 58 u. ff., welcher es (Nr. 109) sogar als das erste Requisit für Feststellung der dilatio probatoria bezeichnet: „quod sit petita, quia non petenti non datur.“ S. auch J. H. Böhmer l. c. II. 20. § 26. 27.

[18]) Die Bemerkung von Durantis l. c. l. II. p. II. de probat. Rubr: „Si ergo per responsionem ad positiones non est ponentis intentio probata, debet judex partibus terminum statuere ad probandum hoc modo“ etc. ist wol nicht so aufzufassen, als meine er damit, der Richter habe sofort nach Beantwortung der posit. auch ohne Begehren der Parteien ihnen von Amtswegen den allgem. terminus ad prob. zu bestimmen; denn ebenso könnte man daraus auch schließen, Dur. meine, der Richter habe zu beurteilen, ob „per responsionem ad pos. ponentis intentio probata“ sei. Jedesfalls ließe sich eine solche Ansicht weder durch das cit. c. 9. X. de prob. (2. 19.), noch durch irgend eine positive Bestimmung des canon. Rechts begründen. Der Richter hat zwar vermöge des im canon. Proc. ziemlich ausgedehnten Proceßleitungsamtes die Befugniß, den etwaigen in immer von Neuem unternommenen Beweisführungen hervortretenden Verschleppungstendenzen der Parteien durch schließliche Anberaumung eines peremtorischen Beweistermines entgegenzuwirken, allein daß er dieß schon von Vornherein, bevor di Parteien noch erklärt haben, ob, was und wie sie beweisen wollen, thun müsse, folgt daraus keineswegs. In den Beilagen Nr. 28 u. 31 wird nach dießfälliger Verhandlung der Parteien ein solcher terminus ultimus et peremptorius ad probandum et probatum habendum“ anberaumt. Vgl. dazu Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 17. Nr. 43 u. ff; Scaccia l. c. lib. II. cap. 3. Nr. 110 u. ff.

dem Standpunkte der beweispflichtigen Partei doch immer besser entspricht, die Beschränkung ihrer gesammten Beweisführungsthätigkeit auf einen bestimmten Termin an sich herankommen zu lassen, als dieselbe von Vornherein selbst zu begehren, kann wol keinem Zweifel unterliegen. Daher kann die Partei wie bei jeder Beweisführung, so auch beim Zeugenbeweise, wenn sie eben denselben vorerst nur anbieten will, dieß am Zweckmäßigsten dadurch thun, daß sie einen terminus ad producendum testes begehrt, den ihr der Richter in angemessenem Umfange zu bewilligen hat.

Mag nun die Anbietung des Zeugenbeweises in der erwähnten allgemeinen oder besonderen Form erfolgen, so ist dieß doch immer noch eine sehr entfernte und unbestimmte Beweisführungsthätigkeit der Partei, nicht geeignet, dem Proceßgegner einen Anhalt zur Vertheidigung resp. Wahrnehmung seines Interesse bei der Beweisführung zu bieten; denn es ist damit weder angegeben, was die Partei eigentlich zu beweisen gedenkt, noch, welche Zeugen sie dazu verwenden will. Der Gegner hat eben nur Kenntniß von dem der Partei erteilten terminus ad probandum oder ad producendum testes, weil derselbe entweder in der mündlichen Verhandlung vor Gericht in seiner Gegenwart erteilt, oder er von der Erteilung des Termins durch den Richter im gewönlichen Wege verständigt werden muß und kann vorläufig seinerseits nur etwa das Gleiche thun rücksichtlich der von ihm gestellten Positionen, resp. rücksichtlich dessen, was ihm nach Lage der Sache zu beweisen obliegt. Die zur Bethätigung des Gegners erforderliche Bestimmung erlangt die Beweisführungsthätigkeit der Partei erst dann, wenn sie in dem genannten Termine das Begehren um Abhörung der Zeugen stellt, oder ohne Anbietung sogleich mit diesem Begehren die Initiative zur Beweisführung ergreift.

Dabei erscheint es als ein natürliches Postulat der auf Lieferung eines bestimmten Beweises gerichteten Absicht, daß die Partei da zugleich angebe, was sie eben mit ihren Zeugen zu beweisen gedenkt und worüber dieselben daher abzuhören sind. Dieß hat in der Form zu geschehen, daß sie das ganze Beweisthema, welches sie sich mit Rücksicht auf die erfolgte Beantwortung ihrer Positionen stellen zu müssen glaubt oder denjenigen Teil desselben, welchen sie durch Zeugen erweisen zu können meint, in einzelne, kurz und präcis gefaßte Sätze (articuli oder capitula genannt) zergliedert und dieselben dem Richter wenigstens nach der schon im 13. Jahrh. allgemein und ständig gewordenen Uebung schriftlich[19]) übergibt. Für die Feststellung und Abfassung dieser Artikel,

---

[19]) Sowie Durantis (l. c. de teste § 3. Nr. 1. 2. u. § 5 Nr. 1.) ganz allgemein bemerkt: „quod qui testes producit, debet suam intentionem ex petitione elicitam dare in scriptis, super qua testes examinentur et vocatur illa scriptura quandoque articuli“ etc., so erklärt auch schon Willius ordo jud. l. c. p. 3. § 11: „Et sciendum est, quod antequam testes interrogentur . . ., titulus scribitur a partibus, quo continetur . . ., et in quibus et de quibus capitulis sui testes vel adversae partis interrogentur.“ Vgl. Hermann l. c. S. 16 u. ff.; S. 34 u. ff.

welche übrigens nicht bloß beim Zeugenbeweise, sondern auch bei anderen Beweisführungen vorkommen[20]), bieten die vorausgegangenen Positionen ein sehr geeignetes, häufig unmittelbar und unverändert verwendbares Material. Denn da schon die in Gemäßheit des Klaglibelles, resp. der vorgebrachten Exceptionen abgefaßten Positionen, wenn sie ihren Zweck erfüllen sollten, die gesammten zur Begründung des geltendgemachten Anspruches erforderlichen Thatsachen gleichfalls in kurzen und präcis gefaßten Sätzen enthalten mußten[21]), so war in ihnen bei nur einigermaßen sorgfältiger Proceßführung auch das eventuelle Beweisthema vollständig enthalten und es war ganz natürlich, daß die geleugnete Positio regelmäßig ohne wesentliche Veränderung darnach als articulus probandi verwendet werden konnte, wie es ja auch vorzugsweise durch die Gleichheit des Inhaltes dessen, was die Partei „ponit“ und was sie „probare intendit“, ermöglicht wurde, die allgemeine Beweisanbietung schon mit der Stellung der Positionen zu verbinden (ponit et probare intendit)[22]) oder, wie es in der Praxis gleichfalls vorkam[23]), die Positionen nach erfolgter Beantwortung im terminus ad probandum oder ad producendum testes einfach „in item articulorum“ wieder zu produciren. Allein immer konnte doch die Positio nicht so ohneweiters als articulus probandi gebraucht werden. Denn einerseits konnte schon die Antwort auf die einzelne Positio nicht schlechtweg bejahend oder verneinend lauten[24]) oder es konnte gerade die verneinende Beantwortung des Proceßgegners eine andere Fassung des betreffenden Satzes für die Beweisführung notwendig oder rathsam machen und jedesfalls erhielt, wenn nicht alle Positionen einfach negirt waren, dasjenige, was die Partei nunmehr zu beweisen hatte, einen anderen Zusammenhang und eine andere Gestaltung, als dasjenige, was sie ponirt hatte, wodurch doch regelmäßig auch eine andere Fassung der einzelnen Sätze bedingt wurde. Andererseits war aber die Partei auch dann, wenn das Positionalverfahren vorausgegangen war, bei Feststellung

---

[20]) Vgl. Gratia ord. jud. l. c. p. 2. tit. 5; Durantis l. c. de teste. § 3. Nr. 20. § 5. Nr. 1 u. ff.; J. Urbach l. c. p. II. cap. 31. S. 165. 167. 169. 175; Scaccia l. c. lib. I. cap 60; München l. c. I. S. 272. Die ständige Formel ist auch die ganz allgemeine: „Intendit probare“ etc.

[21]) S. hier I. Teil. S. 72 u. ff.; Durantis l. c. lib. II. p. II. de posit. § 5 Nr 11. 17; dazu Hinschius im Arch. f. civil. Prax. Bd. 47. S. 113 u. ff. u. oben Note 1. Sowie die Positionen dienen „ad fundandam intentionem actoris“, so werden auch die Artikel geradezu „intentio“ genannt: Bonaguida l. c. p. 8. tit. 5; Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste § 5. Nr. 1.

[22]) Vgl. Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 5. Nr. 1; J. Urbach l. c. l. 2. cap. 31. u. cap. 32. S. 175; Scaccia l. c. lib. I. cap. 60. Nr. 6.

[23]) S. Beilagen Nr. 11.

[24]) Vgl. Bonaguida summa sup. off. adv. l. c. p. 4. tit. 8. S. 322 u. ff.; Durantis l. c. lib. II. p. II. de posit. § 6. Nr. 13 u. ff; Mascardus l. c. Vol. II. concl. 1182. Nr. 24 u. ff; Menochius de arbitr. judic. quaest. et caus. (Genev. 672.). lib. II. cent. 8. cas. 251; Scaccia l. c. lib. II. cap. 7. Nr. 526 u. ff.

ihres Beweisthemas an das, was sie in den Positionen vorgebracht hatte, nicht absolut gebunden, sie konnte nicht bloß behufs besserer Fundirung ihres Anspruchs Aenderungen in der durch die Positionen gegebenen Zergliederung des Thatbestandes vornehmen, sondern auch neue Umstände oder Sätze in ihr Beweisthema aufnehmen, wenn sie es nicht vorzog, dießfalls zuvor neue Positionen zu stellen und erst an deren Beantwortung weitere Beweisführung zu knüpfen[25]). Es lagen sonach Gründe genug vor, die es notwendig machten, das Beweisthema gerade erst nach erfolgter Beantwortung der Positionen in selbstständiger, von den Positionen in verschiedenen Richtungen abweichender Fassung festzustellen und dazu dienten eben die articuli, welche sonach trotz aller durch den Inhalt begründeten Verwandtschaft mit den Positionen doch nicht zu identificiren oder zu verwechseln sind[26]). Daher war denn auch durch die spätere Praxis, namentlich durch den stylus curiae Romanae, ein eigener terminus ad articulandum mit folgendem terminus ad dicendum contra articulos als Substantialtermin, unabhängig von und unmittelbar nach dem term. ad ponendum und ad respondendum positionibus aufgestellt und wurde bei den durch spätere reformationes terminorum substantialium wieder vorgenommenen Verminderungen dieser Substantialtermine das Gewicht auf den term. ad articulandum gelegt, indem dieser, nicht aber der term. ad ponendum beibehalten wurde[27]). Doch, so wichtig auch die Feststellung und Vorlage dieser articuli, welche beim Zeugenbeweise insbesondere auch capitula genannt wurden, sowol im eigenen Interesse der beweisführenden Partei, als auch „ob clariorem probationem“ (c. 2. in Clem.

---

[25]) Vgl. Tancredus ordo jud. l. c. p. 3. tit. 3. § 5; Gratia de jud. ord. l. c. p. 2. tit. 3. § 5; Bonaguida l. c. p 4. tit. 2. S. 317. tit. 3. S. 324; Durantis l. c. lib. II. p. II. de posit. § 2. 4. Nr. 2 u. ff. lib. I. p. 4. de teste. § 14; Scaccia l. c. lib. II. cap. 7. Nr. 11 u. ff.; Menochius l. c. lib. I. quaest. 35; München l. c. I. S. 272.

[26]) Vgl. Gratia l. c. p. 2. tit. 5 im Gegensatze zu ibidem tit. 3; Bonaguida l. c. p. 3. tit. 5 gegenüber ibid. p. 4. tit. 1; Durantis l. c. lib. I. p. 4. de test § 5. Nr. 1 u. ff., wo bereits Nr. 3 von einem terminus ad articulos formandos die Rede ist; Mascardus l. c. Vol. I. concl. 130 u. ff.; Scaccia l. c. lib. I. cap. 60. Nr. 4 u. ff.; Mittermaier im civil. Archiv. Bd. 5. S. 179; Hinschius ibidem Bd. 47. S. 121. Die Ansicht Wetzell's l. c. S. 889. Note 22, daß „das canon. Recht unter articuli den Inhalt der Positionen und Responsionen versteht“, ist nicht zu billigen; denn wenn auch der Ausdruck articuli an einzelnen Stellen in diesem Sinne gebraucht wird, so ist das doch weder die einzige, noch auch die hauptsächliche Bedeutung, in welcher derselbe im canon. Rechte verwendet wird. Das von Wetzell selbst cit. c. 2. in Vto. de test. et attest. (2. 10.) sagt nach der von W abgedruckten Stelle: . . . „juxta articulos, quos tibi abbas et conventus tibi super reprobatione testium . . . in eadem causa produxerint, recipere ac eos . . . examinare procures“ u. da ist es wol ebenso, wie in c. 2. in Clem. de V. S. (5. 11.) unzweifelhaft, daß es sich da um selbstständige, von den Positionen verschiedene processualische Formen, nicht aber um den Inhalt der Positionen handelt.

[27]) S. Scaccia l. c. lib. II. cap. 3. Nr. 237 u. ff. 276 u. ff.; Brieglеb l. c. § 15.

de V. S. 5. 11.) war, und so allgemein dieselbe[28]) auch namentlich nach der cit. Clem. 2. de V. S. im canon. Processe beobachtet wurde, ein unerläßliches Erforderniß der der Partei obliegenden Beweisführung waren die Artikel selbst beim Zeugenbeweise dennoch nicht. Die Partei konnte ihre Zeugen auch ohne Artikel zu geben und ohne vorher Positionen gestellt zu haben, vorbringen und dann hatte der Richter in Gemäßheit des Klaglibells, resp. der vorgebrachten Exceptio die Punkte nach seiner Einsicht zu bestimmen, über welche die vorgeführten Zeugen befragt werden sollten[29]).

Nebst der erörterten Vorlage der Artikel fordert die auf Beweisführung durch Zeugen gerichtete Absicht aber auch die Bezeichnung der Personen, durch deren Aussage die beweisführende Partei eben den intendirten Beweis erbringen zu können glaubt. Dieß kann sie im canon. Processe entweder in der Weise thun, daß sie die betreffenden Personen im terminus ad probandum, resp. ad producendum testes sofort selbst vor Gericht mitbringt und sie da als ihre Zeugen vorführt, oder daß sie dieselben durch Angabe des Namens, Wohnortes u. dgl. derart bezeichnet, daß ihre Individualität keinem Zweifel unterliegt und der Richter in den Stand gesetzt ist, die zur Vernehmung derselben erforderlichen Verfügungen zu treffen. Legt der Beweisführer mehrere Artikel vor und führt er auch mehrere Zeugen an, von denen er nicht jeden über alle Artikel, sondern nur den einen über diese, den andern über jene, den einen über alle, die andern nur über einzelne Artikel produciren und vernommen wissen will, so ist es eine durch die Natur der Sache gebotene Forderung, daß er dieß durch genaue Erklärung (in der neueren Terminologie und bei schriftlicher Bestimmung directorium genannt) ausdrücklich bestimme; in Ermangelung dessen muß jeder Zeuge als über alle Artikel producirt gelten. Diese Verbindung der denominatio testium mit dem Begehren um Abhörung liegt zwar ebenso sehr in der Natur der Sache, als im Interesse der beweisführenden Partei, welcher darum zu thun ist, mit ihrer Beweisführung möglichst vorzuschreiten und dadurch erscheint

---

[28]) Vgl. c. 41. 42. 51. X. de test. et attest. (2. 20.); c. 2. de test. et attest. in VI^to. (2. 10.).

[29]) S. Pillius l. c. p. 3. § 11 pr.; Gratia l. c. p. 2. tit. 5; Bonaguida l. c. p. 3. tit. 5, der eine Reihe von Gründen für die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der Artikel anführt. Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 5. Nr. 1. 2. Noch Scaccia l. c. lib. II. cap. 7. Nr. 21 u. ff. beantwortet die Frage: „An positiones, articuli seu capitula sint de substantia in judicio seu processu? Resp., quod Doctores sine difficultate sentiunt, quod non sint de substantia" und sodann abgesehen vom stylus curiae Romanae allgemein negativ. Vgl. Schaumann: die Acten des ersten schriftl. Proc. in Deutschland (Jena 1847.) S. 37: „Die Zeugen werden förmlich vereidet und dann über einzelne Punkte, welche allein das Gericht normirt hat, vernommen. Denn wieder geben die Fristen der Acten die Wahrscheinlichkeit, daß schriftliche Fragstücke (Artikel) von den Parteien nicht eingereicht sind ..... Wol aber mußte der Richter dem Inhalte des Libells und der spätern Positionen conform, diese einzelnen Fragpunkte aufstellen." Auch im gemeinen deutschen Civilprocesse sind die Artikel nicht wesentlich für die Zeugenbeweisantretung: s. Bayer l. c. S. 938; Langenbeck l. c. S. 515. 516; Renaud l. c. § 211.

wol nahegelegt, daß dieß auch im canon. Processe regelmäßig beobachtet wurde, aber wesentlich ist hier auch die wirkliche Vorführung oder die denominatio testium für die Zulässigkeit des Begehrens um Zeugenabhörung nicht. Die Partei kann dieses Begehren ohneweiters sowie ohne Vorlage von Artikeln, so auch ohne Benennung der abzuhörenden Zeugen stellen [30]), der Richter kann dasselbe deßhalb nicht zurückweisen, sondern hat auch darüber die wirkliche Vernehmung in der gewönlichen Form anzuordnen [31]), nur kann diese Anordnung selbstverständlich bloß dann Erfolg haben, wenn die beweisführende Partei entweder an dem zum Verhöre bestimmten Termine die zu vernehmenden Zeugen selbst mitbringt oder dieselben doch bis dahin derart benannt hat, daß die sonst zur Vernehmung derselben geeigneten Verfügungen getroffen werden können. Bezüglich der Artikel kann wol die Vorlage derselben erst bei oder bis zu der so angeordneten Vernehmung selbst vorbehalten werden oder erfolgen, doch ist, wie oben schon ausgeführt wurde, die Vorname und der Erfolg der Vernehmung von der Beibringung derselben gar nicht abhängig. Daher kommt es, daß bei der im canon. Processe ganz gewönlichen Committirung des Zeugenverhörs oder bei Requisition des Richters, unter dessen Jurisdiction die Zeugen stehen, sehr häufig aufgetragen oder ersucht wird, jene Zeugen zu beeidigen und zu vernehmen, „quos idem (actor) seu ejus procurator vobis duxerit nominandos", oft mit der Bemerkung, daß diese Zeugen zu vernehmen seien über jene Artikel, welche die Partei bis dahin würde vorgelegt haben und deren Abschrift der Gegenpartei zur Ueberreichung ihrer sodann gleichfalls zu berücksichtigenden Interrogatorien vorher würde mitgeteilt worden sein [32]).

---

[30]) Die älteren Processualisten betrachteten sogar teilweise die Vorlage der Artikel und die Benennung der Zeugen vor deren Beeidigung und Vernehmung als unklug oder gefährlich. So bemerkt z. B. Pillius l. c. p. 3. § 11: „Sed quando sibi cavent advocati, talem titulum (d. i. die die Artikel enthaltende Schrift) non conficiunt propter adversariorum calliditatem, ne aliquid contra haec cum suis testibus machinentur, sed verba solummodo dicunt in aure judici, et si non possunt in aure, dicunt ut melius possunt" und Durantis sagt l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 3. Nr. 3: „Post hoc dicit reus (zum actor volens testes producere): Frater, dic numerum et nomina testium, quos intendis producere. Actor vero dicat, non dicam, quia nescio et si scirem, non dicerem, quia procurares mihi eos subtrahere", und kurz darauf: „Dixit autem Ubertus, quod de jure non tenetur quis dicere nomina testium absolute . . . ., ne super his instruatur advocatus utriusque partis ad corrumpendum vel impediendum testes." Vgl. Schaumann l. c. S. 32.

[31]) S. Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste Nr. 3 u. ff. u. die bei Scaccia l. c. lib. I. cap. 100. Nr. 12 pr. Citirten; dagegen Scaccia selbst l. c. mit Berufung auf Balbus, Felynus u. Vestrius, doch mit der lib. II. cap. 8. Nr. 707 gegebenen Erläuterung: „hic declarando addo esse verum (i. e. esse edenda nomina testium cum copia articulorum), si eorum editio sit petita." Vgl. auch Wetzell l. c. S. 293. Note 35.

[32]) Vgl. die formae für die commissio receptionis testium bei Durantis l. c. lib. I. p. 4. de test. § 3. Nr. 16. 17. u. bei J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34. S. 189. 190. sowie hier die Beilagen Nr. 4. 8. 11. 22. 40.

Für die Darstellung des weiteren Verfahrens ist demnach zu unterscheiden:

a.) Hat der Beweisführer mit dem Begehren um Zeugenvernehmung die Artikel in der angeführten Form vorgelegt und die ihm zu Gebote stehenden Zeugen persönlich gleich vor Gericht mitgebracht, so ist dem Gegner Anlaß und Raum zur Beteiligung an der unternommenen Beweisführung geboten. Dieser muß zu der productio testium geladen sein, was entweder schon mit der in seiner Gegenwart oder mit seinem Wissen erfolgten Erteilung des terminus ad producendum testes bewirkt ist, oder, wenn der Beweisführer ohne solchen speciellen Termin in dem allgemeinen terminus ad probandum seine Zeugen producirt, durch besondere Citation zur receptio testium bewirkt werden muß, und kann hier, wenn er nicht per contumaciam wegbleibt, nach zwei Richtungen hin eingreifen. Er kann sich zunächst in objectiver Richtung gegen das, was der Zeugenführer (Producent) beweisen will, wenden und die Relevanz der vorgelegten Artikel oder die Möglichkeit bestreiten, daß dieser oder jener Artikel durch eine Zeugenaussage überhaupt erwiesen werden könne und demgemäß unter Entwicklung der dießfälligen Gründe die Zurückweisung der bestrittenen Artikel begehren. Der Richter hat hierüber den Producenten zu hören und sobald er die Erörterung als hinreichend erachtet, diesen Incidenzpunkt durch Interlocut zu entscheiden. Dort, wo die termini substantiales eingehalten wurden und auf die Beantwortung der Positionen der allgemeine terminus ad articulandum gestellt wurde, fiel diese Incidenzverhandlung in den unmittelbar folgenden terminus ad dicendum contra articulos und bezog sich auf das gesammte Beweisthema der einen und der anderen Partei, nicht bloß auf das, was sie eben durch Zeugen beweisen wollte und dann konnte bei der productio testium insbesondere nur etwa die Möglichkeit, den gestellten Artikel durch Zeugenaussage zu erhärten, nicht aber die Relevanz desselben derart in Frage kommen. Der Product kann sich übrigens die Geltendmachung und Ausführung dieser Einwände für ein späteres Stadium, nemlich für die disputatio et allegatio dadurch reserviren, daß er in die Zulassung der vorgelegten Artikel mit dem Vorbehalte: salvo jure impertinentium et non admittendorum willigt, wodurch bewirkt wird, daß er auch noch bei Erörterung des Resultates der Beweisführung darauf zurückkommen kann, und daß, wenn seine dießfällige Anfechtung als gegründet erkannt wird, die auf die bezüglichen Artikel gemachten Aussagen nicht als durch Zustimmung des Producten gerechtfertigt, sondern als nicht geschehen betrachtet werden müssen, was sich wol zu einer lediglichen Vorsichtsformalität gestaltete [33]).

Sodann hat der Product in dieser Richtung das Recht, zu den vorgelegten

---

[33]) Vgl. dießfalls l. 21. C. de probat. (4. 19.); c. 8. X. de except. (2. 25.); Bonaguida l. c. p. 3. tit. 5; Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 3. Nr. 1 u. § 5. Nr. 3. 4; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 32. S. 175. 176; Mascardus l. c. Vol. I. concl. 132; Scaccia l. c. lib. II. cap. 7. Nr. 166 u. ff. Dazu Beilagen Nr. 20.

Artikeln auch seinerseits Fragen (interrogatoria genannt) festzustellen und vorzulegen, welche den Zweck haben, die für die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen maßgebenden Umstände zu constatiren und das in den Artikeln niedergelegte Materiale in einer Weise näher zu erörtern und zu specificiren, daß dadurch der Grad und die Grenze des Wissens des Zeugen festgestellt und die Genauigkeit, Sicherheit und sonach die innere Glaubwürdigkeit der Aussage des Zeugen über den bezüglichen Artikel in das rechte Licht gestellt wird. Es ist dieß ein billiger, doch keineswegs ausreichender Ersatz für das dem Producten im römischen [34]) und auch noch im älteren canon. Rechte [35]), als das Zeugenverhör noch in Gegenwart der Parteien vorgenommen wurde, zugestandene persönliche Befragungsrecht und in der Form zu üben, daß der Product eine Abschrift der vom Producenten vorgelegten Artikel begehrt und darnach seine Interrogatoria entweder in dem auf sein Verlangen ihm erteilten **terminus ad dandum interrogatoria**, oder, wenn solcher Termin nicht begehrt und erteilt wird, dem Richter oder demjenigen, welcher die Zeugen zu vernehmen hat, vor der Vorname des Verhörs schriftlich übergibt [36]). Der Producent erhält keine Einsicht in die überreichten Interrogatorien und der Richter muß dieselben beim Verhöre verwenden [37]), widrigenfalls auch nach Publication der Aussagen auf Begehren des Producten neuerliche Vernehmung der Zeugen über die unrechtmäßig übergangenen Interrogatoria angeordnet werden müßte. Nach canon. Rechte ist übrigens der Richter von Amtswegen verpflichtet, das, was hiernach den Inhalt der Interrogatoria bildet, zu eruiren; denn sowol die auf die persönlichen Verhältnisse des Zeugen überhaupt (von der gemeinrechtlichen Doctrin **interrogatoria generalia**, allgemeine Fragestücke genannt), als auch die auf die speciellen, in den Artikeln enthaltenen Thatumstände sich beziehenden Fragen (im Gegensatze zu obiger Bezeichnung **interrogatoria specialia**, besondere Fragestücke genannt), betreffen nur Momente, welche für die Würdigung der Glaubwürdigkeit, der Beweiskraft der Zeugenaussage maßgebend sind und da letztere, wie die Würdigung des Beweises überhaupt, eben Amtssache des Richters ist, so hat er auch alle Umstände, von

---

[34]) S. Zimmern l. c. § 183. 148; Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 599; III. S. 278.

[35]) S. C. III. q. 9; c. 2. 41. X. de test. et attest. (2. 20.); Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 7. pr. u. Nr. 1; Devoti inst. can. lib. III. tit. 9. § 18. bes. Note 7; Molitor l. c. S. 99. 156; Schulte Darst. des Proc. v. d. kath. geist. Eheger. Oestern. S. 176. Note 1.

[36]) Bei Gratia l. c. p. 2. tit. 6. § 2. u. Bonaguida l. c. p. 3. tit. 7. wird diese die Interrogatoria enthaltende Schrift titulus genannt, eine Bezeichnung, welche bei Pillius l. c. p. 3. § 11 auch für die die Artikel enthaltende Schrift gebraucht wird. Damasus l. c. tit. 67. kennt weder die Bezeichnung interrogatoria, noch titulus, noch das von Bonaguida gebrauchte interrogatorium, sondern sagt: „Item quando recipiuntur testes, ille, contra quem recipiuntur, consuevit ponere in cartula articulos illos, super quibus vult, quod testes interrogentur, et porrigere illi, qui recipit testes."

[37]) c. 2. in VI^to. de test. et attest. (2. 10.).

denen dieselbe abhängig ist, von Amtswegen zu eruiren und festzustellen[38]). Daher kann der Producent auch die Stellung solcher Interrogatorien ganz unterlassen, ohne sein Interesse oder seine Verteidigung wesentlich zu beeinträchtigen, der durch dieselben zu erreichende Vorteil besteht nur darin, daß die Aufmerksamkeit des Richters auf alle diese Umstände gelenkt, deren Beachtung gesichert und ihm bezüglich des speciellen, in den Artikeln zum Ausdrucke kommenden Thatbestandes jenes Materiale geliefert wird, welches oft zu einer erfolgreichen Prüfung der Verläßlichkeit der Aussage über einen bestimmten Artikel sehr notwendig ist und das sich der Richter beim Mangel von Interrogatorien des Producten erst mühsam, daher leicht unzureichend, ja vielleicht ganz erfolglos aus dem früheren factischen Vorbringen der Parteien heraussuchen müßte. Aus dem gleichen Grunde ist aber auch der Richter beim Zeugenverhöre auf die vom Producten gestellten Interrogatoria keineswegs beschränkt, sondern er kann auch außer diesen noch andere für die Beurteilung der Beweiskraft der Aussage ihm notwendig erscheinende Fragen stellen und andererseits hat er ex officio die übergebenen Interrogatorien rücksichtlich ihrer Bedeutung und Eignung für den genannten Zweck zu prüfen und diejenigen, welche ihm überflüssig, unpassend oder zweckwidrig erscheinen, auszuscheiden und beim Verhöre einfach nicht zu berücksichtigen; dadurch ist es gerechtfertigt, daß die Interrogatorien dem Producenten nicht mitgeteilt werden und er sonach keine Gelegenheit hat, sich darüber vor dem Verhöre zu äußern[39]). Uebrigens hat der Richter nicht bloß dasjenige, was mit diesen Interrogatorien bezielt wird, von Amtswegen zu beachten, sondern ebenso auch die Relevanz, resp. Sachgemäßheit der von dem Producenten vorgelegten Artikel zu prüfen und je nach Befund dieselben zuzulassen oder auch ohne dießfällige Einwendung von Seite des Producten zurückzuweisen. Daß im Zweifel sich der Richter für Zulassung zu entscheiden hat, liegt in der Natur der Sache, da er dadurch in keinem Falle, wol aber leicht durch die Ausschließung dem Rechte des Producenten, resp. Producten nahetreten kann[40]).

---

[38]) So verordnet, abgesehen von den allgemeinen Bestimmungen in c. 11. C. 30. q. 5, c. 10. X de fide instr. (2. 22.) u. a., das c. 37. X. de test. et attest. (2. 20.) insbesondere: „Mandamus, quatenus recipias testes, quos utraque pars . . . duxerit producendos, ac eos diligenter examinare procures et de singulis circumstantiis prudenter inquirens, de causis videlicet, personis, loco, tempore, visu, auditu, scientia, credulitate, fama et certitudine, cuncta plene conscribas"; ebenso c. 9. X. de probat. (2. 19.): „testes . . . recipere et examinare curarent, de singulis circumstantiis subtiliter inquirentes".

[39]) Vgl. über das Ganze Gratia l. c. p. 2. tit. 6 § 2; Bonaguida l. c. p. 3. tit. 7 u. 8; Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 6; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 33; Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 865 u. ff.; Hefftter l. c. § 380. 381; Schmid l. c. II. § 138; Bayer l. c. S. 943. 944; Langenbeck l. c. S. 526. 527; Renaud l. c. § 215. Dazu Rockinger Quellen z. bair. u. dtsch. Gesch. Bd. 9. S. 673 u. ff. und hier Beilagen Nr. 7. 8. 10. 11. 12. 14. 27. 34. 36. 37. 40. 41.

[40]) Sehr bemerkenswert erscheint mir dießfalls der bei Zulassungen dieser und ähnlicher

Es ist daher eine nicht geringe Inconsequenz, daß nach dem für die detaillirte Ausbildung des canon. Processes überhaupt vorzugsweise entscheidenden Gerichtsgebrauche bei Requisition eines anderen Richters für das Zeugenverhör und bei Committirung desselben die Parteien angewiesen wurden, die Artikel und Interrogatorien unmittelbar beim requirirten Richter oder beim bestellten Commissarius einzubringen[41]), da damit die erwähnte, dem eigentlichen judex causae obliegende Beurteilung derselben vor dem Verhöre eben ausgeschlossen war.

Durch die vorgelegten Artikel, in welchen das Beweisthema, das Producent sich stellt, ganz oder zum Teile präcisirt erscheint, ist dem Producten auch schon der Gedanke an einen etwaigen Gegenbeweis nahegelegt. Er kennt oder kann doch wenigstens vielleicht jetzt schon mit Bestimmtheit erkennen, was sein Proceßgegner beweisen will und kann darnach auch schon den Inhalt und Umfang dessen bestimmen, was er beweisen muß, wenn er den Gegenbeweis liefern will. Er kann damit allerdings warten, bis der Gegner den Hauptbeweis geliefert hat, weil es für die Notwendigkeit des Gegenbeweises erst darauf ankommt, ob der unternommene Hauptbeweis auch erbracht ist, worauf er es ja eben ankommen lassen kann; er wird dieß auch rationeller Weise thun, wenn er aus den vom Producenten für den Zeugenbeweis vorgelegten Artikeln das ganze Beweisthema desselben noch nicht mit voller Zuverlässigkeit feststellen und daher auch das durch den Gegenbeweis zu Erhärtende unzweifelhaft fixiren kann, oder wenn er Ursache hat, anzunehmen, daß der intendirte Hauptbeweis ohnedieß nicht gelingen werde oder daß er sich auf die ihm selbst zum Gegenbeweise zu Gebote stehenden Beweismittel nicht besonders verlassen kann, und darin liegen Gründe genug, welche es erklären, daß auch im canon. Processe regelmäßig erst nach vollendetem Hauptbeweise zum Gegenbeweise geschritten wird[42]). Doch, wenn kein derartiger Umstand vorliegt und der Product eben schon jetzt den Gegenbeweis unternehmen will, so ist er nach canon. Rechte daran durch Nichts gehindert, er kann ohneweiters auch seinerseits schon jetzt einen terminus ad probandum oder ad producendum testes begehren[43]) und wenn er den Gegenbeweis auch durch Zeugen führen will, ganz

---

Art in den Beilagen sehr häufig (z. B. Nr. 18. 21. 23. 25. 29 u. v. a.) von Seite des Richters gemachte Zusatz: „admittit, in quantum de jure tenetur" (abgekürzt: in q. de jure). Dieß weist wol auf eine ziemliche Unsicherheit des Richters hin, der sich dadurch die Befugniß zu wahren scheint, das so Zugelassene bei der definitiven Entscheidung der Sache nicht zu berücksichtigen, wenn er darnach durch nähere Erwägung oder durch Beratung mit herangezogenen Rechtskundigen oder durch die sehr häufig vorkommenden schriftlichen consilia sapientis zur Einsicht gelangt, daß er dieß nicht hätte zulassen sollen.

[41]) S. oben Note 32.

[42]) Vgl. c. 6. X. de probat. (2. 19.); c. 35. X. de test. et attest. (2. 20.). Eine Bestimmung jedoch, daß das „probare contra praedictam probationem" erst nach Herstellung der praedicta probatio unternommen werden dürfe, liegt weder hierin, noch in irgend einer andern Stelle des canon. Rechts. Wetzell l. c. S. 894 drückt das im Text Hervorgehobene wol zu stark aus, wenn er sagt, der Gegenbeweis sei erst nach dem Gelingen des „Beweises veranlaßt"; s. dagegen Renaud l. c. § 215 S. 690.

[43]) Vgl. Beilagen Nr. 19. 23. 24. 31. 38, wo das „probare de juribus suis" oder

in der bisher dargestellten Weise vorgehen, so daß Beweis- und Gegenbeweisführung geradeso, wie etwa Beweisführung über das Klagefundament und über Exceptionen in der weiteren Ausführung zusammentreffen können, selbstverständlich aber ohne jemals vermengt werden zu dürfen. Ja, wenn der Gegenbeweis gegen den mit Zeugen unternommenen Hauptbeweis wieder mit Zeugen geführt werden soll, dann muß er sogar vor Vollendung des letzteren, nemlich noch ante publicationem attestationum in demselben unternommen werden, widrigens derselbe nicht mehr zuläßig wäre[44]).

Der Product kann sich ferner in subjectiver Richtung gegen die Person der vom Producenten vorgeführten Zeugen wenden und dießfalls zunächst die Identität derselben in Frage ziehen. Der Richter hat zwar offenbar nichtige oder mutwillige Bestreitungen dieser Art, wie überhaupt jedes rein chicanöse Vorbringen zurückzuweisen, aber es kann der Natur der Sache nach gar keine Frage sein, daß er, wenn der Product dießfalls wirklich gegründete Zweifel zu erregen vermag, das Erforderliche zur Feststellung der Identität zu veranlassen hat, wie er dieß ja auch von Amtswegen thun müßte, wenn ihm selbst ohne Bemerkung des Producten aus was immer für Umständen derartige Zweifel aufstoßen würden. Denn die Identität des Zeugen ist ja die Basis für die Beurteilung der die Glaubwürdigkeit seiner Aussage bestimmenden Momente und auf diese hat eben der Richter von Amtswegen zu achten. Es wird wol in der Regel, muß aber nicht ausreichen, daß der Zeuge beim folgenden Verhöre ohnehin unter seinem Eide die seine Identität bestimmenden Angaben zu machen hat, auch dießfalls noch insbesondere und näher befragt werden kann und daß eben auch im canon. Rechte falsche Aussagen dieser Art mit Strafen bedroht sind. Wenn sich der Richter jedoch nach seinem Ermessen trotz alledem über die hervorgekommenen Zweifel nicht beruhigen zu können glaubte, so müßte er vom Producenten die erforderlichen Nachweise fordern[45]) und in deren Ermangelung den betreffenden Zeugen je nach der Intensität des Zweifels entweder ganz ausschließen oder dieß doch bei der schließlichen Würdigung seiner Aussage mit in Betracht ziehen. Durch die ausnamslose Forderung der Citation des Producten ad producendum testes und ad jurare videndum, wenn letzteres erst in einem späteren Termine erfolgt, ist darauf hinreichendes Gewicht gelegt, daß es dem Producten ermöglicht sei, die Person der von seinem Gegner vorgebrachten Zeugen in Augenschein zu nehmen[46]) und daß darin auch die Rücksicht auf die

---

das „producere pro fauore jurium suorum“ vom Gegenbeweise wenigstens auch verstanden werden kann.

[44]) c. 26. 35. X. de test. et attest. (2. 20.); c. 2. in Clem. de test. (2. 8.) Vgl. J. H. Böhmer l. c. II. 20. § 43.

[45]) Vgl. oben I. Abschn. Cap. 2. Nr. 1, i. f.

[46]) Vgl. Durantis l. c. § 3. Nr. 3. § 7. pr; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34. S. 193; Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 5. Nr. 36 u. ff.; Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 21—25; Langenbeck l. c. S. 532. 536; Endemann Civilproc. § 213. I. Note 1.

Geltendmachung der dem Producten sich etwa darbietenden Wahrnehmungen betreffs der Identität der producirten Zeugen liegt, kann wol nicht zweifelhaft sein.

Darnach kann der Product gegen die Person der vorgeführten Zeugen alle diejenigen Umstände vorbringen, welche nach dem geltenden Rechte entweder schon die Zulassung zum Verhöre oder doch die Beweiskraft ihrer Aussage ausschließen oder vermindern (oppositiones, exceptiones contra personas testium). Dießfalls ist jedoch nach Verschiedenheit der nach der Darstellung im I. Abschn. Cap. 2. Nr. 1 in Betracht kommenden Momente zu unterscheiden. Glaubt Product solche Verhältnisse oder Umstände anführen zu können, welche nach dem dort Gesagten schon die Zulassung des Zeugen zur Vernehmung ausschließen und will er diese Ausschließung auch erreichen, so *muß* er dieselben schon jetzt geltendmachen und im Falle der Bestreitung durch den Producenten im dießbezüglichen Incidenzverfahren beweisen; nur dann, wenn dem Richter schon aus der Vorführung des Zeugen solche Umstände offenbar werden, welche die natürliche Unfähigkeit desselben zur Wahrnehmung oder Mitteilung eclatant involviren (z. B. Geisteskrankheit, Volltrunkenheit, unter Umständen Blindheit u. dgl.), braucht der Product dieß nicht insbesondere hervorzuheben, da einen solchen Zeugen der Richter von Amtswegen zurückweisen muß. Mit dem sonst und allerdings auch hier zulässigen Vorbehalte dieser Einwendung bis nach Publication der Aussagen könnte Product wenigstens die Zulassung und Vernehmung des Zeugen nicht hindern, wenngleich zur Wahrung des Rechtes späterer Geltendmachung und sonach der vollen Berücksichtigung eines solchen Umstandes bei der Würdigung der Aussage des vernommenen Zeugen dieser Vorbehalt vollkommen ausreichen würde. Hat aber der Product nicht Gründe dieser Art, sondern nur solche Umstände vorzubringen, welche nach dem im I. Abschn. l. c. Gesagten die Beweiskraft der Aussage der producirten Zeugen bloß herabmindern, so *kann* er dieselben zwar jetzt schon geltendmachen, er *muß* es aber nicht, sondern kann sich durch ausdrückliche Protestation das Recht wahren, diese Einwendungen gegen die Person der wider ihn producirten Zeugen erst nach deren Vernehmung, d. i. nach Publication der Aussagen vorzubringen und auszuführen. Daß dieser ausdrückliche Vorbehalt, wenngleich nicht gerade an dieser Stelle, aber doch an geeignetem Platze vor der Publication der Aussagen (spätestens also bei Stellung, resp. Verhandlung des Publicationsbegehrens) gemacht werde, ist wesentlich, da Product in Ermangelung desselben mit allen Einwendungen gegen die Person der Zeugen präcludirt, resp. nur unter besonderen Vorsichten damit noch zugelassen würde[47]). In der Regel trägt das Verhör namentlich vermöge der Interrogatoria des Producten sehr wesentlich dazu bei, auch die persönlichen Verhältnisse der Zeugen ins Klare zu bringen und deßhalb wird es immer

---

[47]) c. 7. 13. 20. 31. X. de test. et attest. (2. 20.); cf. c. 9. X. de prob. (2. 19.); c. 1. X. de except. (2. 25.); c. 31. 32. X. de simonia. (5. 3.).

zweckmäßig und in der Praxis natürlich auch meistens beobachtet worden sein, unter Anwendung der genannten Protestation mit der Ausführung dieser Einwendungen bis nach Publication der Aussagen zu warten, um so mehr, als dieselben sich darnach mit den Einwendungen contra dicta testium verbinden lassen. Wenn aber Producent diese seine Einwendungen jetzt schon ausführen will, oder um die Zulassung des Zeugen zum Verhöre zu verhindern, wie oben erwähnt, geltendmachen muß, so muß dieß natürlich durch Incidenzverfahren festgestellt und entschieden werden; nur hat das Ermessen des Richters dießbezüglich vermöge seines Proceßleitungsamtes einen ziemlich weiten Spielraum. Wenn er nemlich, abgesehen von der ihm zustehenden Zurückweisung offenbar nichtiger Einwendungen, erkennt, daß die vom Producten geltendgemachten Umstände nur durch ein weitaussehendes Incidenzverfahren und langwierige Beweisführungen dargethan werden könnten, so kann er die Ausführung derselben bis nach Publication der Aussagen verweisen und ebenso hat er, wenn aus der gepflogenen Incidenzerörterung nicht die volle Ueberzeugung von dem Vorhandensein des vorgebrachten, die Zulassung des Zeugen zur Vernehmung ausschließenden Grundes resultirt, den betreffenden Zeugen zum Verhöre jedesfalls zuzulassen und erst bei Würdigung des Resultates der Beweisführung zu ermessen, ob und welchen Einfluß dieser Umstand auf die Beweiskraft der Aussage habe. Denn damit ist weder das Recht des Producten, noch das des Producenten beeinträchtigt, es liegt darin nur eine dem Proceßleitungsamte entsprechende Anordnung[48]).

Bezüglich der Zal der Zeugen, welche eine Partei zum Beweise produciren darf, besteht auch im canon. Processe eine besondere Beschränkung nicht, nur wird hier in gleicher Weise, wie dieß schon im römischen Rechte (l. 1. § 2. D. de testibus 22. 5.) geschah, ausdrücklich betont[49]), daß es Amtssache des Richters ist, auch in dieser besonderen Beziehung mutwillige Uebertreibungen der Parteien hintanzuhalten und eine offenbar übermäßige Anzal auf ein vernünftiges, zur intendirten Beweisführung für alle Fälle ausreichendes Maß zu reduciren. Zwar gibt das cit. c. 37. X. h. t. die bestimmte Zal 40 an und verordnet: „Volentes autem effrenatam multitudinem testium refrenari volumus,

---

[48]) Vgl. Glosse zu c. 7. X. h. t. (2. 20.) v. „infames et notabiles“ u. zu c. 31. X. h. t.; Tancredus l. c. p. 3. tit. 8. § 2. u. tit. 11; Gratia l. c. p. 2. tit. 6. § 1; Damasus l. c. tit. 79; Bonaguida l. c. p. 3. tit. 7. S. 291 u. ff. u. tit. 10; Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 3. Nr. 1. 2. 23. 24. § 10; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34. S. 193 u. cap. 36; Mascardus l. c. Vol. II. concl. 695; Scaccia l. c. lib. II. cap. 7. Nr. 770 u. ff. 783 u. ff.; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 31. X. h. t.; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 20. § 3. Nr. 72 u. ff. § 5; J. H. Böhmer l. c. II. 20. § 33. 34; Devoti l. c. lib. III. tit. 9. § 17; München l. c. I. S. 273 u. ff.; Bayer l. c. S. 939 u. ff.; Langenbeck l. c. S. 522 u. ff.; Endemann Beweisl. S. 238 u. ff. Civilproc. § 212; Wetzell l. c. S. 890 u. ff; Renaud l. c. § 211. 215; Rockinger l. c. S. 672.

[49]) c. 36. 37. X. de test. et attest. (2. 20.); c. 2. in Clem. de V. S. (5. 11.).

ut hinc inde quadragenarium numerum testium excedere non permittas", allein dieß ist nicht als die allgemeine gesetzliche Bestimmung aufzufassen, daß 40 Zeugen in jedem Falle, 41 aber in gar keinem zulässig seien; denn es ist hier sowol, als in c. 36. X. cit. ausdrücklich ausgesprochen, daß eben nur die „effrenata multitudo testium" ausgeschlossen werden solle und Nichts wäre mit der Bestimmung des c. 37. cit. weniger erreicht, als dieses, wenn dieselbe in dem erwähnten Sinne aufgefaßt werden dürfte. Dadurch wäre einerseits der beweispflichtigen Partei, wenn sie eine größere Anzal verschiedener Umstände nur durch verschiedene Zeugen zu beweisen vermöchte, geradezu die Möglichkeit des Beweises benommen, und andererseits wäre damit der gänzlich absurde Ausspruch gethan, 40 Zeugen können, sei es auch zum Beweise des nemlichen Umstandes, ohneweiters producirt werden, 41 aber niemals. Es kann daher der da vorkommenden Anführung der Zal 40 ganz offenbar nur die Bedeutung einer eben nur auf den concreten in c. 37. cit. behandelten Fall sich beziehenden oder höchstens einer allgemeinen beispielsweisen Erwähnung beigemessen werden. Daß der Richter bei der ihm hiernach obliegenden Beurteilung vorsichtig zu Werke gehen muß, ergibt sich aus der Erwägung, daß er durch derartige Restrictionen das Recht des Producenten leicht sehr wesentlich verletzen könnte[50]), aber die Befugniß, resp. Verpflichtung des Richters zu solcher Verfügung ist der allgemeinen Stellung desselben im canon. Processe so sehr entsprechend, daß sie aus der letzteren auch dann gefolgert werden müßte, wenn dieß in den gesetzlichen Bestimmungen auch nicht ausdrücklich hervorgehoben wäre[51]).

b.) Hat der Beweisführer mit dem Begehren um Zeugenvernehmung zwar die Artikel vorgelegt, aber die Zeugen, mit welchen er den Beweis führen will, nicht persönlich vorgeführt, sondern bloß in der oben bezeichneten Weise namhaft gemacht, so muß er ihr persönliches Erscheinen erst durch den Richter erwirken und es tritt in dem weiteren Verfahren zunächst die Modification ein, daß der Richter, soweit er das auch hierauf insbesondere gerichtete Begehren überhaupt als statthaft erkennt, nunmehr diejenigen der benannten Zeugen, deren Vernehmung vor ihm selbst erfolgen kann, erst citiren[52]), rücksichtlich derjenigen aber,

---

[50]) Pillius l. c. p. 3. § 11. i. f. bemerkt dießfalls: „Verum tamen raro vidi factam testium refrenationem, imo quotoscumque volunt dare partes, judices recipiunt."

[51]) Vgl. Glosse ad c. 37. X. cit. v. „effrenatam." „Sed hoc potius considerstur secundum magnitudinem causae et personarum qualitatem, nam quandoque XXIII millia dicuntur pauci." Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 11. Nr. 12—14; Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1083; Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 708 u. ff.; Menochius de arbitrar. jud. quaest. lib. II. cent. III. cas. 249; Endemann Beweisl. S. 237 u. Civilproc. § 190 i. f.

[52]) In der älteren Doctrin wurde sogar darüber gestritten, ob nicht in jedem Falle die Citation des Zeugen zur Wirksamkeit seiner Aussage im Processe notwendig sei. S. darüber Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 5. Nr. 28—31 u. Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 644 u. ff. Dagegen meint wirklich noch München l. c. I. S. 146: „das Zeugniß eines nicht dazu gerichtlich vorgeladenen und aufgeforderten Zeugen sei als ein nicht gesetzlich abgelegtes ungiltig und ein solcher Zeuge ein verdächtiger."

deren Vernehmung durch den judex causae selbst, weil sie z. B. seiner Jurisdiction nicht unterstehen, nicht durchführbar oder aus anderen Gründen (z. B. wegen Krankheit, Gebrechlichkeit, zu weiter Entfernung u. dgl.)[53] unthunlich erscheint, den erforderlichen Auftrag erlassen, d. i. sich an deren Richter mit dem Auftrage, resp. Ersuchen wenden muß, daß dieser dieselben vorfordere, über die eingesendeten Artikel und Interrogatoria, sofern solche schon sofort mitgesendet oder bei ihm direct vor der Abhörung eingebracht werden, vernehme und darnach die darüber aufgenommenen Acten an den requirirenden Richter einsende[54]. Es braucht wol nicht erst hervorgehoben zu werden, daß auch in diesem Punkte der Richter von der ihm zustehenden discretionären Proceßleitungsgewalt Gebrauch machen kann, wenn er über Bemerkung des Gegners oder von Amtswegen erkennt, das es der Beweisführer damit nur auf Verschleppung der Sache u. dgl. abgesehen habe[55]. Die Stellung des Producten ist hier insoweit modificirt, als sich hier für das Vorbringen seiner Einwendungen gegen die Person der Zeugen, resp. der Protestation, mittels deren er sich die Ausführung solcher nach Publication der Aussagen vorbehält, zwei verschiedene Zeitpunkte ergeben, nemlich der der Namhaftmachung der Zeugen und der spätere des wirklichen Erscheinens derselben vor dem Richter und daß der Product die erwähnten Einwendungen, resp. Protestation auch in dem letzteren, also auch erst vor dem requirirten Richter noch mit voller Wirkung vorbringen kann. Denn die Bestimmungen des canon. Rechts verweisen dieses Vorbringen nur auf die Zeit „ante publicationem attestationum“ überhaupt[56] und wenn es demnach auch in dem unter a) besprochenen Falle dem Producten freisteht, Einwendungen

---

[53]) c. 8. 34. X. h. t. (de test. 2. 20.). Mit Rücksicht auf Andeutungen des röm. u. des canon. Rechts (l. 15. D. de jurejur. (12. 2.); l. 1. C. de off. div. jud. (1. 48); l. 7. C. de episc. et cler. (1. 3.); Auth. sed judex ad h. l; c. 9. C. 11. q. 1. u. dict. Grat. hiezu) war auch die Einvernehmung von Frauen, Bischöfen und anderen hochgestellten Personen außerhalb des Gerichts, in deren Wohnung zulässig und üblich. Vgl. Tancredus l. c. p. 3. tit. 8. § 2; Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 3. Nr. 22.

[54]) nov. 90. c. 5; c 3. X. de fidejuss. (3. 22.); c. 53 u. a. X. de test. (2. 20.); c. 2. in VI^to. de test. (2. 10.). Pillius l. c. p. 3. § 9 f. f.; Tancredus l. c. p. 3. tit. 8. § 2; Durantis l. c. lib. I. p. 4 de test. § 3. Nr. 15 u. ff.; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34. S. 188 u. ff. Vgl. das Document bei Schaumann l. c. S. 36. Nr. 7.

[55]) Vgl. c. 11. i. f. de rescriptis in VI^to. (1. 3.).

[56]) c. 31. X. h. t. (2. 20.); c. 1. X. de except. (2. 25.) in parte decis. Vgl. Pillius l. c. p. 3. § 10. S. 69; Tancredus l. c. p. 3. tit. 11; Gratia l. c. p. 2. tit. 6. § 1; Damasus l. c. tit. 79; Bonaguida l. c. p. 3. tit. 10; Durantis l. c. de teste. § 10. pr. u. Nr. 1; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34. S. 193; Gonzalez-Tellez l. c. Comment. ad cit. c. 31. X. h. t. Nr. 4: „Nec haec protestatio fieri debet necessario in termino citationis, quia certum est, posse fieri quandocunque ante publicationem“. Ebenso Scaccia l. c. lib. II. cap. 7. Nr. 772 mit dem Beisatze: „quare secundum .... practicam .... ista protestatio fit eo tempore, quo testibus defertur juramentum. De consuetudine tamen ista protestatio seu reservatio juris excipiendi contra personas et dicta testium fit in principio interrogatoriorum.“

dieſer Art noch ſpäter vorzubringen, ſo fehlt es doch dort an der hier vorliegenden, für ſolch ſpäteres Vorbringen geeigneten Gelegenheit, ja einzelne dieſer Einwendungen, z. B. die gegen die Identität der producirten Zeugen können hier der Natur der Sache nach erſt in dem bezeichneten ſpäteren Momente vorgebracht werden. Im Uebrigen iſt das weitere Verfahren ganz das gleiche, wie das sub a) dargeſtellte.

c.) Hat der Beweisführer mit dem Begehren um Zeugenvernehmung die Artikel zwar vorgelegt, aber die Zeugen gar nicht einmal namhaft gemacht, ſo ergibt ſich aus dem bisher Geſagten von ſelbſt, daß der Gegner, obgleich er ſchon jetzt die erwähnte Proteſtation betreffs der Einwendungen gegen die Perſon der Zeugen vorbringen kann, zu dieſem Vorbringen, ſowie zur etwaigen Ausführung einer derartigen Einwendung ſelbſt auch ſpäter noch ſowol bei der etwa abgeſondert erfolgenden Namhaftmachung, als auch beim wirklichen Erſcheinen der Zeugen zur Vernehmung vollkommen geeignete und ausreichende Gelegenheit hat. Bezüglich der in ſachlicher Richtung ihm zuſtehenden Vertheidigungsmittel iſt die unter a) erörterte Stellung desſelben in keiner Weiſe alterirt. Der Richter hat dem ſo geſtellten Begehren des Beweisführers je nach den von dieſem hiebei, ſei es in Form eines abgeſonderten Begehrens oder in anderer Art anzuführenden Umſtänden entweder in der Weiſe ſtattzugeben, daß er einen Termin für die Vernehmung der ſodann vorzuführenden Zeugen beſtimmt, oder in der auch ſonſt gewönlichen Art eine geeignete Perſönlichkeit mit der Beeidigung und Vernehmung der vom Beweisführer erſt zu benennenden Zeugen beauftragt, oder das erforderliche Requiſitionsſchreiben an einen andern Richter für die Zeugen, welche dieſem würden benannt werden, erläßt[57]).

d.) Alle drei eben beſprochenen Fälle können aber ſelbſt wieder eine Modification dadurch erleiden, daß der Beweisführer keine Artikel vorlegt. Alsdann hat der Richter, wenn nicht etwa der Producent, wie es ihm auch freiſteht, ſich zu ſpäterer Beibringung der Artikel erbietet und der Richter dieß, jedoch nur unter der Bedingung, daß dieſelben ſodann dem Producten zur Verfaſſung ſeiner Interrogatoria in einem dafür noch hinreichende Zeit gewährenden Zeitpunkte vor dem Verhöre mitgeteilt werden, zuläßt[58]), die Thatumſtände, über welche die Zeugen zu vernehmen ſind, auf Grund der vorhergegangenen Verhandlungen ſelbſt feſtzuſetzen und dabei den Umſtand, daß der Product in dieſem Falle ſich weder über die Zuläſſigkeit der an die Zeugen zu ſtellenden Thatfragen äußern, noch Interrogatoria ſtellen kann, dadurch auszugleichen, daß er die ihm ohnedieß von Amtswegen obliegende Obſorge für Ausſcheidung des Irrelevanten, ſowie für eine die volle Wahrheit über die bezüglichen Thatſachen

---

[57]) S. oben Note 30—32.

[58]) „Examinationem testium“, heißt es in der Beilage Nr. 40, „commisit (judex) mihi B. R., notario et coadjutori ... datis per alteram partem interrogatoriis, quo interrogatoria dare debeat tertia die post habitam copiam capitulorum.“

constatirende und die Glaubwürdigkeit der vernommenen Zeugen möglichst klarstellende Befragung derselben da mit besonderer Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit übe. Daß der Product in solchem Falle doch auch Interrogatoria stellen könne, davon ist im canon. Rechte, in Theorie und Praxis des canon. Processes Nichts zu finden, wol aber steht dem Producten eine Abhilfe gegen eine auf diesem Wege etwa erfolgte Beeinträchtigung seines Verteidigungsrechtes darin zu Gebote, daß er nach Publication der Zeugenaussagen, wenn er darzuthun vermag, daß es bei der Vernehmung an dießfalls erforderlicher Fragestellung gefehlt hat, Vervollständigung des Zeugenverhörs, also neuerliche Vernehmung der Zeugen verlangen kann. Die hier erforderliche Thätigkeit des Richters beim Zeugenverhöre kann jedoch schon aus dem Grunde der unerläßlichen Kenntniß des bisherigen Proceßmateriales nur von dem judex causae selbst prästirt werden und daraus folgt, daß dieser, wenn das Zeugenverhör committirt oder ein anderer Richter dafür requirirt werden muß, dem Beauftragten, resp. dem requirirten Richter die Thatumstände, über welche die Zeugen zu vernehmen sind, mit Bestimmtheit mitteilen und ihn überhaupt derart informiren muß, daß das Zeugenverhör in der oben bezeichneten Weise wirklich vorgenommen werden kann. Daß es in solchem Falle das Beste ist, die Committirung des Zeugenverhörs ganz zu vermeiden, ergibt sich von selbst.

Die Thätigkeit der beweisführenden Partei wird nach dem bisher dargestellten Verfahren vornemlich dafür in Anspruch genommen, das persönliche Erscheinen der Zeugen, auf die sie sich beruft, durchzusetzen. Die Feststellung der an dieselben zu richtenden Fragen (Artikel) kann nach dem Positionalverfahren keine besondere Mühe machen und im erforderlichen Falle fällt das dem Richter zu; mit den Interrogatorien des Producten bekommt der Beweisführer überhaupt Nichts zu thun und zu Incidenzverhandlungen behufs Erörterung und Beseitigung von Einwendungen des Producten gegen die vorgebrachten Zeugen wird es naturgemäß nur in seltenen Fällen jetzt schon kommen, da ja meistens erst das Verhör den dafür wichtigen und entscheidenden Stoff liefert und der Product sich daher mit der erwähnten Protestation begnügen wird. Aber für das persönliche Erscheinen des Zeugen vor Gericht muß sich der Beweisführer constant ansetzen. Wenn er ihn nicht sofort selbst vor Gericht mitbringen kann und dieser sich auf die erwirkte richterliche Citation nicht stellt, so muß er die gesetzlichen [59]) Zwangsmaßregeln gegen denselben, und wenn sein Erscheinen vor dem judex causae selbst nicht durchführbar oder thunlich ist [60]), die erforderliche Requisition erwirken. Darin besteht der wesentlichste Teil des Productionsverfahrens, von Amtswegen kann der Richter da nicht eingreifen. Hat aber der Beweisführer das persönliche Erscheinen seiner Zeugen zu Stande gebracht, so hat er in dem Termine, in welchem dieß erfolgt und

---

[59]) S. I. Abschn. Cap. 2. i. f.

[60]) Vgl. oben Note 58.

für welchen der Gegner, sei dieß nun der ursprünglich bestimmte oder der erweiterte terminus ad producendum testes geladen sein muß, die erschienenen Zeugen, mit denen er den Beweis führen will, als solche allenfalls unter passender Wiederholung des auf deren Vernehmung gestellten Begehrens vorzustellen [61]). Dieser besondere sog. Sistirungsact ist freilich nur mehr formeller Natur, da das, was er enthält, sachlich wol schon in der Erwirkung des persönlichen Erscheinens der Zeugen und in dem früher schon auf deren Vernehmung gestellten Begehren liegt, allein derselbe erscheint um so notwendiger, als es doch einerseits eines formell constatirten Abschlusses der für das Beweisverfahren wesentlichen, mitunter aber ziemlich weitläufigen und verschiedenartigen Productionsthätigkeit des Beweisführers, wodurch zugleich der Uebergang für das weitere Verfahren, die Beweisaufname geboten wird, bedarf und andererseits eine Constatirung des Umstandes, daß der Producent die wirklich erschienenen Zeugen als die von ihm berufenen erkennt, wenigstens dort von Wesenheit ist, wo es, wie im canon. Processe, noch nicht als Amtssache des Richters angesehen werden kann, sich über die Personenidentität der Zeugen in jedem Falle zu vergewissern. Erst damit ist das erste wesentliche [62]), sowol durch die gesetzlichen Bestimmungen des canon. Rechts [63]), als durch Theorie und Praxis [64]) bestimmt hervorgehobene und markirte Stadium des Zeugenbeweisverfahrens, die productio testium vollständig, der genannte Act hat daher allerdings wesentliche processualische Bedeutung [65]) und kann als Zusammenfassung, Vollendung

---

[61]) l. 19. C. de testibus (4. 20.); nov. 90. c. 9. Vgl. Schmid l. c. II. § 139 pr.; Bayer l. c. S. 945; Wetzell l. c. S. 895; Langenbeck l. c. S. 528; Endemann Civilproc. § 213. I; Renaud l. c. § 215. II. 1.

[62]) Daß es dießfalls im Civilprocesse nicht darauf ankommt, daß der testis regulus oder citatus, sondern nur darauf, daß er a parte productus sei, daß er also ohne Begehren der Partei weder vom Richter herangezogen werden, noch sich selbst anbieten darf, wird von den canonist. Processualisten oft betont und ausführlich erörtert. S. z. B. Pillius l. c. p. 3. § 8. i. f.; Tancredus l. c. p. 3. tit. 7. i. f.; Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 5. Nr. 23 u. ff.; Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 644—660.

[63]) S. c. 2. 7. 17. 19. 26. 29. 34. 37. 38. 41. 42. 46. 49. 52. X. de test. et attest. (2. 20.); c. 11. X. de test. cog. (2. 21.); c. 2. in VI^to. de test. et attest. (2. 10.).

[64]) S. Pillius l. c. p. 3. § 11; Tancredus l. c. p. 3. tit. 8; Gratia l. c. p. 2. tit. 6; Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 3; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34; Mascardus u. Scaccia an den oben Note 62 cit. Stellen. Sodann Beilagen Nr. 7. 10. 26.

[65]) Vgl. Langenbeck l. c. S. 537: „Man verlangt die reelle Vorstellung der Zeugen durch den Beweisführer, denn immerhin kann es ja sein, daß Producent den Beweis gar nicht mehr führen will, weil er eingesehen hat, daß er doch kein günstiges Resultat liefert, auch ist ja möglich, daß die erschienenen Zeugen gar nicht diejenigen sind, welche Producent abhören lassen wollte." Wenn dagegen Endemann l. c. u. Note 1 sagt, die Sistirung sei meist „Nichts, als eine leere Formalität", — „die formelle Rettung der Verhandlungsmaxime, als ob die Partei die Stellung der Zeugen besorgte", so ist hiegegen wol zu bemerken, daß wirklich die Partei die Stellung der Zeugen besorgt, u. z. teils ohne, teils mit Intervention

der gesammten Productionsthätigkeit mit Grund durch den Ausdruck: wirkliche, reale Production (Realproduction)[66]) bezeichnet werden.

Eine sorgfältige Proceßführung bringt es mit sich, daß die beweispflichtige Partei einerseits den Zeugenbeweis nicht früher unternehmen wird, bevor sie sich nicht klar gemacht hat, was sie zu beweisen hat und demnach durch Zeugen zu beweisen gedenkt, und daß sie andererseits, wenn sie dann zum Zeugenbeweise schreitet, sofort alle ihr zu Gebote stehenden Zeugen in der bisher erörterten Weise produciren wird, so daß sie also nicht leicht, oder doch wenigstens nicht regelmäßig in die Lage kommen wird, zu einer neuerlichen Beweisführung durch Zeugen in dem nemlichen Processe zu schreiten[67]). In dem Charakter und der ganzen Gliederung des canon. Processes liegt jedoch Nichts, was die beweispflichtige Partei nach einmaliger Zeugenproduction hindern würde, solange sie mit Beweisführungen überhaupt noch nicht ausgeschlossen ist, immer von Neuem wieder zum Zeugenbeweise zu greifen, wenn sie alle ihre Zeugen nicht sofort zur Verfügung hatte, oder dadurch die gesammte ihr obliegende Beweisführung festigen oder vervollständigen zu können glaubt[68]). Der auf diese Weise möglichen Häufung von Zeugenbeweisführungen in dem nemlichen Processe und von Seite einer und derselben Partei ist nun aber doch durch positive Bestimmung des canon. Rechts wenigstens in Bezug auf das nemliche Beweisthema eine Schranke gesetzt, indem es anschließend an die dießfalls schon im römischen Rechte durch Justinian in nov. 90. c. 4 (woraus Auth. „At qui semel“ ad l. 19. C. de probat. 4. 19.) getroffene Bestimmung ausdrücklich anordnet[69]), daß die Partei zur Erhärtung eines und des nemlichen von ihr behufs Begründung ihres materiellen Anspruches aufgestellten Beweisthema's nur solange sie von den Aussagen noch keine Kenntniß hat und auch da nur dreimal von Zeugen Gebrauch machen und daß sie nur gegen Leistung des speciellen, hier überdieß noch darauf, daß sie die Aussagen der bereits bisher geführten Zeugen in keiner Weise kennen gelernt hat, gerichteten Calumnieneides noch ein viertes Mal Zeugen produciren kann. Ueber den eigentlichen Sinn dieser Bestimmung machten sich freilich schon seit der Glosse sehr verschiedene Auffassungen geltend. Abgesehen davon, daß darin ganz willkürlich

---

des Richters, aber in jedem Falle erfolgt die Stellung der Zeugen nur auf Betrieb der Partei. Die Intervention des Richters hiebei ist nichts Selbstständiges, nur Unterstützung der unzureichenden Macht der Partei.

[66]) Unter „producere testes“, womit auch „inducere, introducere, exhibere testes“ gleichbedeutend gebraucht wird, ist im canon. Rechte stets, wie im röm. Rechte (s. Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. III. S. 278) persönliches Vorführen der Zeugen verstanden.

[67]) Dieß dürfte wol der Grund sein, daß noch Pillius l. c. p. 3. § 9. pr. bei Erwähnung des zur Zulassung der quarta productio testium erforderlichen Eides bemerkt: „Quod sacramentum adhuc fieri non vidi.“

[68]) Vgl. I. Teil. S. 113 u. ff.

[69]) c. 15. 36. 49. 55. X. h. t. (2. 20.).

der Ausdruck productio im Sinne von dilatio gefaßt, demselben also ein ganz verschiedener Begriff substituirt wurde, wurde die Bestimmung einerseits auf die Beweisführung der Partei über den nemlichen Thatumstand (super eodem articulo) beschränkt, andererseits wieder auf die Beweisführungsthätigkeit beider Parteien zusammengenommen ausgedehnt[70]). Allein die Tendenz der dießfälligen Anordnung Justinians ist, wie aus dem Inhalte des für die Zulassung der quarta productio testium geforderten Eides und aus der in nov. 90. c. 4. pr. i. f. gegebenen Motivirung deutlich hervorgeht, wesentlich mit darauf gerichtet, jene Proceßverzögerungen abzuschneiden oder doch zu reduciren, welche in dem früheren Verfahren daraus entstanden, daß „der Beweisführer zur Ergänzung seines mißlungenen" (wol auch zur bloß vorsichtsweisen Festigung des überhaupt unternommenen) „Beweises wiederholt neue Zeugen produciren konnte[71])," und daß das canon. Recht bei der Aufname dieser Bestimmung weder speciell daran etwas geändert, noch überhaupt mit der ganzen Anordnung einen besonderen, selbstständigen Sinn und Zweck verbunden hat, wird wol durch c. 15. u. 55. X. h. t. cit. vergl. mit cit. nov. 90. c. 4. u. Auth. At qui semel hinreichend bewiesen. Darnach muß sich aber diese Bestimmung wenigstens auf das ganze Beweisthema, wie es sich die eine und die andere Partei auf Grund ihres thatsächlichen Vorbringens festgestellt hat, erstrecken und kann nicht bloß auf einen einzelnen Punkt desselben oder gar auf die besondere Formulirung eines der Artikel, in welche sie das ganze Thema zergliedert, beschränkt sein. Denn abgesehen davon, daß die cit. Gesetze selbst ihre Anordnung in dieser Richtung eben gar nicht beschränken[72]), wäre dieselbe für den erwähnten Zweck rein illusorisch, wenn es jeder der Parteien freistünde, mit der an sich zulässigen drei-, resp. viermaligen Zeugenproduction sofort wieder von Neuem zu beginnen,

---

[70]) S. Glosse ad l. 9. D. de R. V. (6. 1.) v. „exceptionem"; ad l. 19. C. de prob. (4. 19.) u. ad Auth. „At qui semel" ibid. v. productionem"; ad nov. 90. c. 5, beſ. v. „quartam test. productionem" u. „non habebit"; ad c. 15. X. h. t. (2. 20.) v. „productionem"; ad c. 49. X. h. t. v. „quos"; ad c. 55. X. h. t. Dazu: Pillius l. c. p. 3. § 9. pr.; Tancredus l. c. p. 3. tit. 8. § 2 i. f.; Damasus l. c. tit. 66; Durantis l. c. de teste. § 3. Nr. 6 u. ff.; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34. S. 186; Scaccia l. c. lib. II. cap. 3. Nr. 120 u. ff.; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 15. X. h. t. (2. 20.); Schmalzgrueber l. c. p. 3. tit. 20. § 3 Nr. 78 u. ff. Vgl. auch Haenel dissensiones dominorum (Leipz. 1834.) I. § 137. S. 228; Briegleb l. c. S. 58. 59.

[71]) S. Zimmern röm. Civilproc. § 148; Bethmann-Hollweg röm. Civilproc. III. S. 279. Das Motiv, welches das canon. Recht für die Zulassung wiederholter Zeugenproduction vorzugsweise im Auge hat, ist in c. 55. X. h. t. cit. hervorgehoben: „... sed quia quos desiderat de novo producere, prius habere nequivit", ganz analog, wie in der cit. nov. 90. c. 4: „.... sed quod testimoniis nunciatis prius uti non potuerit." Das sollte aber eben nicht in's Unendliche gehen.

[72]) Gerade im canon. Rechte lautet sogar die dießfällige Anordnung (c. 55. X. h. t. cit.) ganz allgemein: „Ultra tertiam productionem non debent testes ulterius produci in causa."

sobald sie einen von dem speciellen Factum, das sie früher schon mittels ein- bis viermaliger Zeugenproduction zu beweisen unternommen hat, verschiedenen, wenngleich in das Bereich des nemlichen Beweisthema's fallenden Thatumstand zum Beweise stellt, oder gar nur eine Aenderung in der Formulirung eines früher verwendeten Artikels vornimmt [73]). Die für den Gebrauch von Zeugen zur Beweisführung der Partei eingeräumte Freiheit ist gerade im canon. Processe auch darnach noch eine sehr ausgedehnte; denn eben da kann die Partei auch nach fehlgeschlagener Beweisführung über das früher gestellte Beweisthema durch Heranziehung neuen thatsächlichen Materiales, das sie auch wieder ponren darf, ein neues Beweisthema gewinnen und für dieses wieder, wenn sie nicht früher darauf verzichtet hat, in der gleichen Ausdehnung, wie beim ersten, Zeugen verwenden. Das ist eben eine Consequenz jener Gliederung des canon. Processes, wornach es der Partei freisteht, auch nachdem sie mit der unternommenen Beweisführung über ein bestimmtes Thema zu Ende gekommen, wieder neues thatsächliches Material zur Fundirung ihres Begehrens beizubringen und zu neuerlicher Beweisführung zu schreiten, so daß es in dem ganzen Processe auch auf Seite einer und derselben Partei durchaus nicht immer mit einer drei- bis viermaligen Zeugenproduction abgethan sein muß und sich also die erwähnte beschränkende Bestimmung schon hiernach nicht auf die gesammte Beweisführungsthätigkeit, welche einer Partei in dem nemlichen ganzen Processe überhaupt obliegen kann, bezieht. Doch darf solche Heranziehung eines neuen Beweisthema's in dem nemlichen Processe bei einigermaßen geschickter Proceßleitung, welche in der That auch bald in der Erwirkung von Verzichtleistungen

---

[73]) Das „super eodem" in c. 25. X. h. t. (2. 20.) bezieht sich auf das gesammte vorliegende Beweisthema und ist nicht mit der Glosse (im casus ad c. 25. X. cit. Vgl. auch J. Urbach l. c. p. 2. cap. 35. S. 205.) im Sinne von „super eodem capitulo" oder „super eodem articulo" zu nehmen. In der mir vorliegenden Ausgabe der Glosse (Lugduni 1584. De licentia D. N. Gregorii XIII. Pont. Max.) ist zu dem super eodem des Textes auch am Rande außerhalb der Glosse hinzugefügt: „alias, super eodem negotio." Daß es sich da um die ganze dem Beweise unterstellte Thatfrage handelt, wird wol auch durch den gebrauchten Ausdruck: „quaestiones quoque alias, super quibus vel testes non fuerint producti vel renuntiatum eisdem" bestätigt und damit stimmen überein c. 17. X. h. t. (2. 20.), wo auf die „quaestiones judicatae" hingewiesen, c. 35. X. eodem, wo das Alibi als ein articulus bezeichnet wird, über welchen auch „post publicationem attestationum testes deberent admitti", sodann c. 38. X. eod., wo die „attestationes super principali negotio" denen „super articulo incidenti" entgegengesetzt werden und c. 42. X. eod., worin die Zulassung der schon über einen anderen articulus producirten Zeugen damit begründet wird: „quoniam aliud est, probasse deceptionis excessum et aliud probare quantitatem valoris." Ebenso fühlt sich Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 15. X. h. t cit. Nr. 6. i. f. gedrängt, zu der da gegebenen Begründung: „cum non sit probatio super eodem articulo, sed super diverso", erklärend hinzuzusetzen: „id est, non super negotio principali, sed super exceptionibus contra dicta testium oppositis." Vgl. dazu Comment ad c. 17. X. h. t. Nr. 3: „appellamus autem nova capitula non solum nova et diversa a prioribus, verum et pendentia ex eis, intentionem aut exceptionem in judicium deductam respicientia" und Durantis l. c. § 8 Nr. 7 u. ff. Das im I. Teile S. 117 Gesagte ist demgemäß zu berichtigen.

auf jede weitere Zeugenproduction ein geeignetes Mittel zu entsprechender Restriction fand, nur als ein verhältnißmäßig seltener Fall auch im canon. Processe betrachtet und kann somit nicht verkannt werden, daß mit der obigen Bestimmung für die Hintanhaltung übermäßiger Zeugenbeweisführungen viel gewonnen wurde, wenn sie auch nach der Gliederung des canon. Processes nicht für den gesammten Proceß überhaupt wirken konnte. Von einer Zusammenziehung der Beweisführungsthätigkeit beider Parteien aber und einer sodann fraglichen Unterstellung derselben unter die obige Bestimmung in der Art, daß dieselbe für die Zeugenführung des Klägers und des Geklagten zusammengenommen zu gelten hätte, kann deßhalb keine Rede sein, weil eine solche Zusammenziehung der beiden entgegengesetzten Parteirollen schon an sich unzulässig, am Allerwenigsten aber dann statthaft ist, wenn es sich um eine die Anzal oder das Maß der Parteihandlungen im Processe beschränkende Bestimmung handelt. Es wäre eben gegen einen der obersten Grundsätze des Civilprocesses (gleiche Behandlung, resp. gleichmäßiges Gehör für beide Proceßparteien) verstoßen, wenn es der einen Partei ermöglicht wäre, durch Erschöpfung der überhaupt zulässigen Zal von Zeugenproductionen von ihrer Seite der Gegenpartei die Möglichkeit einer Zeugenbeweisführung zu benehmen. Aber auch auf Seite einer und der nemlichen Partei ist abgesehen von der erwähnten Gewinnung eines neuen Beweisthema's, auf dessen Erhärtung die erörterte Beschränkung der Zeugenproductionen sich nicht erstreckt, unter den Beweisführungen, zu denen sie im ganzen Processe gehalten sein kann, noch zu unterscheiden zwischen denjenigen, welche sie selbstständig zur Fundirung des von ihr **in merito causae** gestellten Anspruches, also für das von ihr selbst gestellte und bestimmte Beweisthema zu unternehmen hat und sodann denjenigen, zu welchen sie nur durch die Beweisführungsthätigkeit der Gegenpartei genötigt wird, die sie nur unternehmen muß, um die Nichtigkeit oder Unzulänglichkeit einer von der Gegenpartei intendirten oder vollzogenen Beweisführung darzuthun, wie z. B. **reprobatio testium**. Beweis der Unechtheit einer Urkunde u. dgl.[74]). Die Beweisführungen der letzteren Art dürfen bei Anwendung der genannten beschränkenden Bestimmung mit den ersteren auch nicht zusammengezogen werden, weil diese nicht lediglich von dem Willen der beweisführenden Partei abhängen, die erwähnte Bestimmung aber nur den Zweck hat, die allzu weite Ausdehnung, resp. Wiederholung der der Proceßpartei zustehenden *freien*, nur durch ihr *eigenes* Begehren und Vorgehen im Processe bestimmten Beweisführungsthätigkeit abzuschneiden und sicherlich nicht beabsichtigt, die Vertheidigungsbefugnisse derselben gegen die von ihrem Gegner unternommenen processualischen Schritte zu beeinträchtigen oder zu beschränken. Dieß wäre aber ganz entschieden

---

[74]) Der eigentliche Gegenbeweis gehört zur ersteren, nicht zur letzteren Categorie von Beweisführungen; denn er intendirt zwar und bewirkt im Erfolge die Vernichtung des Hauptbeweises, aber er ist unmittelbar doch auf das Gegenteil des Beweissatzes des Hauptbeweises, also auf die Basis des Begehrens der denselben führenden Partei gerichtet.

der Fall, wenn auch die Beweisführungen der letzteren Art unter die obige Bestimmung subsumirt und die Partei demnach zurückgewiesen werden müßte, wenn sie zum Behufe der Erprobung ihres Beweisthema's schon drei-, resp. viermal Zeugen producirt hätte und sodann bei der von ihrem Gegner unternommenen Beweisführung, z. B. zur Reprobation der von diesem producirten Zeugen oder zum Beweise der Unechtheit der von demselben producirten Urkunde wieder Zeugen produciren wollte. Mit anderen Worten: Es darf in Anwendung der erörterten, die Zal der Zeugenproductionen beschränkenden Bestimmung eben auch bei einer und der nemlichen Partei das, was seiner Natur nach wesentlich verschieden ist, nemlich das selbstständige Vorgehen derselben im Processe und das ihr zustehende Vertheidigungsrecht wider die Acte des Gegners nicht zusammengeworfen werden; nur auf das erstere, nicht auf das letztere erstreckt sich die oftgenannte Bestimmung[75]) und dieß erscheint wol hinreichend ausgedrückt, wenn dieselbe wie oben formulirt wird. Die in der besprochenen Art und Ausdehnung zugelassene Wiederholung von Zeugenproductionen kann schließlich nach der ausdrücklichen Bestimmung der citirten Anordnungen nur statthaben, solange die Partei noch auf keinerlei Art, sei es durch Publication, sei es auf was immer für einem anderen Wege zur Kenntniß der Aussagen der von ihr früher producirten Zeugen gelangt ist, was sogar behufs Zulassung der vierten Production insbesondere beeidigt werden muß. Durch die erörterte Bestimmung soll nemlich sowol nach römischem, als nach canon. Rechte vorzugsweise auch eine die Glaubwürdigkeit der Aussagen ausschließende oder erschütternde Beeinflußung der Zeugen durch die beweisführende Partei verhindert werden, deren Gefahr jedesfalls sehr nahe läge, wenn es dem Beweisführer

---

[75]) Auf die hier hervorgehobenen Beweisführungen, sowie auf die oben schon ausgeschiedene Beweisführung des Producten über jene Punkte, rücksichtlich deren ihn die Beweislast im Processe trifft, bezieht es sich, wenn behauptet wird (s. z. B. J. Urbach l. c. p. 2. cap. 35. S. 205; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 15. X. h. t. cit. Nr. 6. i. f.), daß zum Behufe einer „probatio super alio oder diverso articulo" auch sine solemnitate legali und auch post publicationem attestationum eine quarta productio testium zulässig sei. Eine solche Ausdrucksweise ist jedoch ganz unrichtig und verwirrend; denn einmal ist die Bezeichnung probatio super diverso articulo viel zu allgemein und unbestimmt und sodann handelt es sich in diesen Fällen gar nicht um eine quarta productio, weil bei der probatio super diverso articulo der hier bezeichneten Art die früheren tres oder selbst quatuor productiones eben gar nicht gerechnet werden dürfen. Dieß deutet auch schon Gonzalez-Tellez l. c. ganz richtig an, indem er sagt: „nam licet post trinam productionem liceat aduersus testium depositiones opponere et ad hujusmodi exceptiones probandas testes producere . . ., non tamen licet haec quarta productio, cum non sit probatio super eodem articulo, sed super diverso, id est non super negotio principali, sed super exceptionibus contra dicta testium oppositis. Nec tandem obstant textus in (l. 9 D. de R. V. 6. 1. u. l. 19. C. de prob. 4. 19), quia omisso Accursio, qui existimauit, in d. nouella 90. cap. 4 corrigi praedicta jura, dicendum est, in illis legibus tantum permitti reo exceptiones suas probare, etiam post probationem perfectam ab actore, cujus probationes reus jam cognouit, non tamen idem permittitur actori, ut notauit Rither in d. nouella."

noch nach erlangter Kenntniß der Aussagen der zuerst producirten Zeugen gestattet wäre, über das von ihm zu erhärtende Beweisthema neuerlich, sei es die nemlichen, sei es andere Zeugen zu produciren. Im Uebrigen aber ist es für die Zulässigkeit mehrmaliger Zeugenproduction ganz unentscheidend, ob zur weiteren Production geschritten wird, bevor noch die zuerst producirten vernommen sind, oder nachdem bereits deren Verhör abgeschlossen ist und es versteht sich von selbst, daß sich die beweisführende Partei durch Verzicht ihrer Befugniß zu weiterer Zeugenproduction ohneweiters begeben kann.

Dem bisher dargestellten Acte der Production der Zeugen werden besondere Wirkungen beigemessen durch den von der gemeinrechtlichen Doctrin aufgestellten bekannten, aber auch viel umstrittenen Satz: **testes et documenta per productionem fiunt communia**[76]), ein Satz, welcher nicht bloß auf Zeugen und Urkunden beschränkt, sondern überhaupt auf alle Beweismittel, soweit nur die besondere Natur derselben Raum dafür bietet, angewendet wird[77]). Daß derselbe weder in den Gesetzen des römischen, noch des canon. Rechts ausdrücklich ausgesprochen ist, ist allgemein zugegeben, aber ebenso darf als anerkannt gelten, daß, wenngleich nicht Alles, was jemals als Inhalt oder als Consequenz dieses Grundsatzes hingestellt worden ist, so doch das Wesentlichste, das damit ausgedrückt zu werden pflegt, den Normen des römischen und canon. Rechtes vollkommen entspricht, und daß derselbe in diesem Umfange sonach auch nach canon. Rechte und im canon. Processe insbesondere volle Realität hat; dagegen ist bestritten, was einerseits unter Production, andererseits unter der damit behaupteten Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel, also insbesondere auch der Zeugen eigentlich zu verstehen sei. Soweit nun hier das canon. Recht in Betracht kommt, so steht auch darnach zunächst jedesfalls soviel fest, daß eine Partei, welche sich zum Behufe der ihr obliegenden Beweisführung in der für den Proceß erforderlichen Form auf einen Zeugen beruft und dabei in der von ihr im Processe überhaupt geforderten und durch Leistung des allgemeinen Calumnieneides förmlich sichergestellten redlichen Weise vorgeht, damit allein schon,

---

[76]) S. darüber vorzugsweise: Gönner Handbuch II. (Erlangen 1801.). S. 258; Reinhardt l. c. I. § 191; Spangenberg im Archiv f. civil. Prax. Bd. 5. S. 415 u. ff.; Heise u. Cropp Jurist. Abhandlungen (Hamburg 1827.) I. S. 113 u. ff.; Linde in der Zeitschr. f. CivilR. u. Proc. Bd. 6. S. 383 u. ff. und im Archiv f. civil. Prax. Bd. 24. S. 77 u. ff.; Hesse im Archiv f. c. P. Bd. 23. S. 1 u. ff.; Knorr in der Zeitschr. f. CivilR. u. Proc. Bd. 17. S. 107 u. ff. u. Neue Folge Bd. 19. S. 282 u. ff.; Bolgiano ebendaselbst. Neue Folge. Bd. 17. S. 169 u. ff. und Bd. 22. S. 1 u. ff.; Renaud im Arch. f. civil. Prax. Bd. 44. S. 147 u. ff. und Lehrbuch des gem. dtsch. CPR. (2. Aufl. 1873.) § 143 u. ff.; Schmid Handbuch II. § 127; Langenbeck l. c. S. 528 u. ff.

[77]) Schmid l. c.; Wetzell l. c. S. 225; Renaud Lehrb. § 143; Bolgiano l. c.; Heyßler in der Zeitschr. f. österr. Rechtsgelehrsamkeit: „Auch ein Votum über die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel im österr. Civilproc." Jahrgang 1844. S. 208 u. f. 257 u. ff.

ohne daß es auf das Vorhandensein einer dießbezüglichen besonderen Willensrichtung ankäme, in bestimmter Weise zu erkennen gibt, daß sie selbst denselben zur Herstellung des Beweises oder doch zur Mitwirkung dazu für geeignet hält, und daß daher, soviel auf ihre Beurteilung dabei ankommt, das, was er aussagen wird, auch Glauben verdient [78]). Da es nun schon nach Inhalt des geleisteten Calumnieneides geboten erscheint und überdieß ein im römischen Rechte noch insbesondere ausgesprochener [79]) und sonach auch für das canon. Recht maßgebender Grundsatz ist, daß sich die Partei durch ihre processualischen Handlungen nicht „mit sich selbst in Widerspruch setzen darf," so ergibt sich daraus, daß sie diese von ihr einmal anerkannte, ja geradezu in Anspruch genommene Eignung des Zeugen, abgesehen natürlich von etwaigen, nach der Production desselben von ihrer Seite erst eingetretenen Umständen, darnach nicht wieder in Abrede stellen darf, wenn sich ihr Gegner im Processe auf denselben beruft und ihn zum Behufe der ihm obliegenden Beweisführung entweder auch seinerseits producirt oder sich doch auf dessen bereits gemachte, aber zu seinen (des Producten) Gunsten ausgefallene Aussage stützt, d. h. die Partei hat in diesem Falle kein Recht, Einwendungen gegen die Person des Zeugen zu erheben. Das darin sonst gewönlich liegende Verteidigungsrecht kann ihr in diesem Falle nicht zustehen, weil es, soweit es sich um die von der Persönlichkeit des Zeugen abhängigen Bedingungen der Beweiskraft seiner Aussage handelt, eben ein von ihr selbst vorgebrachtes Mittel ist, gegenüber welchem von einer Verteidigung

---

[78]) Die beweisführende Partei kann zwar thatsächlich gar nicht den Willen haben, durch die Berufung auf einen Zeugen das Gesagte zu manifestiren; ja sie kann thatsächlich die geradezu entgegengesetzte Intention haben und einen Zeugen produciren, obgleich sie genau weiß, daß er zum Beweise gar nicht geeignet ist und obgleich sie den festen Willen hat, dieß auch seinerzeit besonders geltendzumachen; sie kann ernstlich den Willen haben, die Beweisfähigkeit des producirten Zeugen nur zu ihren Gunsten, niemals zu Gunsten des Gegners anzuerkennen. Allein Alles dieß steht mit der entschiedenen Forderung des canon. Rechts an das allgemeine Verhalten der Partei im Processe, mit Inhalt und Ziel des allgemeinen Calumnieneides in so eclatantem Widerspruche, daß es rechtlich nicht bloß keine Beachtung, sondern geradezu als Verletzung des geleisteten Calumnieneides behandelt zu werden verdient. Wenn sich daher in der Praxis ziemlich allgemein die Uebung bildete, daß nach Publication der Zeugenaussagen im terminus ad opponendum contra dicta et personas testium z. B. der Product gewönlich erklärte: „quod casu, quo dicti testes aliquid deponant et dicant in fauorem partis suae, illos quoad id reproducit et approbat, in allis autem contra eum facientibus dixit, illos esse uarios .... suspectos de falsitate et tales, quibus nulla fides est merito adhibenda" u. dgl. (s. hier Beilage Nr. 25.), so verstößt auch dieß, insoweit die Unterscheidung eben auch auf die persönliche Beweistüchtigkeit des Zeugen ausgedehnt wird, entschieden gegen Sinn und Inhalt der vom canon. Rechte an das processualische Verhalten der Partei gestellten Forderungen.

[79]) Nov. 49. c. 2. §. 1: „Cui enim ipse fidem habet, quodque protulit, et ex quo jura sua fluunt, id non calumnietur .... Neque enim ipse secum pugnabit et quae affirmat, calumniabitur." cf. Auth. „Ad haec" ad l. 20. C. de fide instrum. (4. 21.); c. 13. X. de fide instrum. (2. 22.); c. 19. X. de censibus. (3. 39.). Vgl. die Citate bei Linde Ztschr. f. GR. u. Proc. Bd. 6. S. 388. Note 2; Wetzell l. c. S. 225. Note 3a.

auf ihrer Seite überhaupt nicht die Rede sein kann[80]). Nach dem im Obigen über die Art und Form der Zeugenproduction im canon. Processe Gesagten kann es hiebei gar nicht fraglich sein, daß die soeben als eine Consequenz der Berufung auf einen Zeugen hingestellte Anerkennung der zur Beweiskraft seiner Aussage erforderlichen persönlichen Qualification desselben erst dann, aber sicher auch schon dann vorliegt, wenn von der beweisführenden Partei der entweder von ihr selbst mitgebrachte oder erst über Citation des Richters erschienene Zeuge persönlich zum Behufe seiner Vernehmung vorgeführt wird, d. i., wie die gemeinrechtliche Doctrin es ausdrückt, mit der Realproduction[81]). Denn erst hier hat auch der Producent in jedem Falle Gelegenheit, sich von der Identität seines Zeugen, dieser Grundlage der gesammten durch die Persönlichkeit des Zeugen bestimmten Bedingungen der Beweiskraft seiner Aussage, zu überzeugen und daß dieß zur Begründung der erwähnten Anerkennung unerläßlich ist, liegt auf der Hand, und andererseits ist in jedem Falle schon hier (mit der Realproduction) dasjenige, was von Seite der beweisführenden Partei behufs wirklicher Verwendung eines Zeugen für den ihr obliegenden Beweis zu geschehen hat, derart abgeschlossen und erschöpft, daß das, was sich als Folge des Parteivorgehens in dieser Richtung darstellt, auch hier schon eintreten muß. Es ist sonach auch nach canon. Rechte allerdings vollkommen richtig, daß die Partei jedesfalls durch die reale Production der von ihr geführten Zeugen das Recht verliert, Einwendungen gegen die Person derselben dann zu machen, wenn der Producent dieselben auch seinerseits producirt oder sich auf deren Aussagen beruft, aber es stellt sich dieß hier nicht als eine besondere Wirkung der Zeugenproduction, sondern vielmehr als die nothwendige Folge des von jeder Partei ganz allgemein, im Processe überhaupt geforderten und durch den allgemeinen Calumnieneid von ihr auch zugesicherten ehrlichen, loyalen Vorgehens dar und es scheint mir daher dem inneren Grunde dieses Satzes durchaus nicht angemessen, denselben unter dem Ausdrucke: Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel überhaupt und der Zeugen insbesondere zu begreifen[82]), u. z. um so weniger,

---

[80]) Schon Damasus: summa de ord. jud. l. c. tit. 79. S. 111 drückt dieß so aus: „Et illum testem, quem quis recipit pro se, recipere debebit contra se, ut ... (C. 4. q. 2. u. 3. c. 3. § 42), nisi postea efficeretur infamis, quia repellitur testis per infamiam post dictum testimonium contractam", ut X... (de test. cog. 2. 21. c. 7). Vgl. insbesondere Hesse l. c. Bd. 28. S. 6. u. Knorr l. c. Bd. 17. S. 111 u. ff.

[81]) Vgl. nur: Linde in der citirten Zeitschr. f. CivilR. u. Proc. Bd. 6. S. 292 und im civil. Arch. Bd. 24. S. 89. Note 12; Wetzell l. c. S. 225 u. Endemann Civilproc. § 209. Note 7. § 213. I. Daß das canon., wie das röm. Recht unter producere testes immer die Realproduction versteht, wurde schon oben Note 66 bemerkt.

[82]) S. Renaud im Arch. f. civil. Prax. Bd. 44. S. 148—152 u. Lehrb. des Civilproc. § 143, welcher dieß als „die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel rücksichtlich der Bedingungen ihrer Beweiskraft" bezeichnet und an ersterer Stelle S. 149 bemerkt, daß „die Quellen (oben Note 79.) in der That lediglich der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel rücksichtlich der von deren Inhalte unabhängigen Bedingungen der Beweiskraft erwähnen."

als sich in demselben für die Bezeichnung „gemeinschaftlich" (unter den beiden Parteien) gar kein rechter Anhaltspunkt findet. Wol wird bei der erörterten Sachlage ein und der nemliche Zeuge, resp. seine Aussage von beiden Parteien benützt, insoferne also für sie und ihre Beweisführungen gemeinschaftlich, allein dieß ist es keineswegs, was durch jenen Satz eigentlich ausgedrückt sein will und was erst oder schon durch die erste Production des Zeugen bewirkt wird. Aus der hervorgehobenen Natur und Grundlage des genannten Satzes ergibt sich sodann auch, daß es für Geltung und Anwendung desselben keinen Unterschied macht, in welcher speciellen Richtung der Product den von seinem Gegner schon producirten Zeugen seinerseits zur Beweisführung verwendet, ob er ihn nun zum Beweise seiner Exceptio, oder zur Führung des directen oder indirecten Gegenbeweises, oder zur Erhärtung eines Ausschließungs- oder Verdachtsgrundes gegen einen anderen Zeugen des Producenten benützt. Denn die dießfalls entscheidende, in dem Vorgehen des Producenten liegende Anerkennung der persönlichen Eignung des Zeugen zum Beweise ist — natürlich in ihrer Beschränkung auf den Bestand dieser Eignung zur Zeit der Realproduction — wenigstens in dem vorliegenden Processe[83]) eine allgemeine und kann daher auf einen speciellen Zweck oder Gegenstand der Beweisführung, zu welcher der Product einen solchen Zeugen auch seinerseits verwenden zu können glaubt, ebenso wenig beschränkt, als durch eine etwaige ausdrückliche Protestation des Producenten ausgeschlossen werden.

Nicht viel anders verhält es sich mit der behaupteten Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel überhaupt und der Zeugen insbesondere, soweit sie auf den Inhalt, resp. die Aussage derselben bezogen wird. Es ist nemlich ein aus der Natur und dem Zwecke des Beweises überhaupt fließender, allgemein processualischer Grundsatz, welcher auch in den Beweisnormen des römischen, wie des canon. Rechts volle Anerkennung findet[84]), daß der Richter bei der Würdigung des Beweises den vollen Inhalt der ihm vorgelegten Beweismittel in Erwägung zu ziehen hat. Diese volle Würdigung ist eine durch die Stellung des Richters gebotene amtliche Verpflichtung desselben, zu deren Uebung es einer Anregung oder Mitwirkung von Seite der Partei gar nicht bedarf, der Richter steht dabei auf dem rein objectiven Standpunkte über den Parteien und die Frage, von welcher Partei das Beweismittel im Processe vorgelegt wurde, hat auf die Art und den Umfang dieser Prüfung gar keinen Einfluß, sondern kommt nur insofern in Betracht, als der Richter eben darnach zu entscheiden hat, ob dasjenige bewiesen ist, was gerade die betreffende Partei beweisen wollte und sollte. Damit ist

---

[83]) Ja im römischen Rechte ist diese Anerkennung und ihre Wirkung sogar über den vorliegenden Proceß hinaus auch auf einen späteren Rechtsstreit ausdrücklich ausgedehnt durch die Anordnung Justinians in l. 17. C. de testibus (4. 20.) und diese Bestimmung ist auch im canon. Rechte (c. 3. § 42. C. 4. q. 2 u. 3.) vollinhaltlich aufgenommen.

[84]) Vgl. insbes. Knorr l. c. Bd. 17. S. 115—117 u. die Citate S. 116.

auch schon gesagt, daß der Richter jene Gründe, welche das verwendete Beweismittel *gegen* die Wahrheit dessen, was die dasselbe producirende Partei damit beweisen will, liefert, ebenso sorgfältig beachten und abwägen muß, wie die durch dasselbe gebotenen, *dafür* sprechenden Gründe und daß es, um dieß zu bewirken, gar nicht notwendig ist, daß der Product die ersteren Gründe besonders hervorhebe und für seinen processualischen Standpunkt ausdrücklich in irgend einer Weise geltendmache[85]). Nichtsdestoweniger *kann* aber doch der Gegner der Partei, welche ein Beweismittel im Processe vorlegt, auf die von demselben zu seinen Gunsten gelieferten Gründe auch ausdrücklich hinweisen und dieselben für seinen Standpunkt, zur Herstellung des ihm obliegenden oder von ihm beabsichtigten Beweises benützen, weil es ihm eben freisteht, aus dem einmal vorliegenden Proceßmateriale alle Gründe, die ihm zur Bewährung seines Anspruches oder Begehrens geeignet erscheinen, wo er diese auch immer finden mag, geltendzumachen, und es versteht sich von selbst, daß weder der Richter, noch die Gegenpartei (der Producent) ihm diese Befugniß entziehen oder beeinträchtigen darf[86]). Insofern kann man nun allerdings sagen, daß die von der einen Partei gebrauchten Beweismittel beiden Parteien gemeinschaftlich werden, weil wirklich beide an denselben gewissermaßen participiren, sich auf das, was sie bieten, berufen und diese Beweismittel sonach vermöge ihres Inhaltes beiden dienen können. Allein diese Gemeinschaftlichkeit betrifft doch zunächst nur das von einem Beweismittel für den Beweis überhaupt und dadurch natürlich auch für die Entscheidung selbst gelieferte *Resultat* und in *diesem* Sinne sind eben alle zur Verfolgung oder Vertheidigung eines Rechtes bestehenden processualischen Mittel gemeinschaftlich, an dem Resultate, das dieselben für die Entscheidung liefern, participiren immer beide Parteien. Es ist daher selbst abgesehen davon, daß es zur Erzielung des Erfolges, welchen diese Gemeinschaft der Beweismittel dem Producten gewährt, einer Thätigkeit desselben gar nicht bedarf, dieser ihm also auch bei seinerseits gar nicht unternommener Beweisführung zu statten kommt, meines Erachtens auch in *diesem* Sinne nicht sachgemäß, von einer Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel *insbesondere* zu sprechen und darnach die Frage aufzuwerfen, ob diese Gemeinschaft dem Producten für jede von ihm unternommene Beweisführung oder nur mit

---

[85]) Es ist dieß, wenn man so sagen darf, der *materielle* Vortheil für den Producten, welcher ihm aus der Beschaffenheit des von seinem Gegner gebrauchten Beweismittels, also aus der von diesem selbst damit aufgedeckten wirklichen Sachlage erwächst, dessen Wirkung er, da das denselben involvirende Material dem Richter in der gesetzlichen Weise einmal vorgelegt ist, ruhig abwarten kann.

[86]) Daß der Product so kurzweg sich auf Beweisgründe berufen und sie verwerten kann, ohne die zur Darlegung derselben notwendigen Acte selbst unternommen zu haben, ist der *formelle*, processualische Vortheil, der ihm aus dem processualischen Vorgehen seines Gegners (des Producenten) erwächst und nur dieser hat die gleiche Natur, wie derjenige Vortheil, welcher sich aus dem zuerst Besprochenen für den Producten ergibt.

Ausschluß gewisser solcher Beweisführungen, z. B. des Beweises einer Einrede, des indirecten Gegenbeweises[87]) zu statten komme. Nach dem Gesagten läßt sich die Ausschließung irgend einer Beweisführung des Producten von der Wirkung dieser Gemeinschaftlichkeit wenigstens für den canon. Proceß in keiner Weise rechtfertigen; denn daß die Gründe, welche die gemeinrechtliche Doctrin, sei es hier, sei es in der Erörterung der ganzen Frage nach der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel der peremtorischen Natur des Beweistermins, dem Charakter des Beweisurteils, der dadurch erfolgten Regelung der Beweislast und des Beweissatzes u. dgl. entnimmt, für das canon. Recht nicht maßgebend sind, braucht nicht weiter ausgeführt zu werden.

Wenn somit nach den erörterten allgemein processualischen Grundsätzen der Product einerseits die vom Producenten vorgebrachten Zeugen zu seinen Beweisführungen verwenden kann, ohne Einwendungen gegen deren Person von seinem Gegner befürchten zu müssen und andererseits dasjenige, was die Aussage solcher Zeugen bietet, auch für seinen Beweis verwerten kann, so ist evident, daß der Gebrauch eines Zeugen, wie eines Beweismittels überhaupt auch derjenigen Partei, die es eben vorbringt, zum Nachteile und dem Gegner zum Vorteile gereichen kann. Das kann nicht auffallend, sondern nur ganz in der Ordnung erscheinen; denn der dießbezügliche Nachteil entsteht ja dem Producenten materiell nicht aus dem processualischen Gebrauche, sondern aus der Beschaffenheit des Beweismittels und wer eine Waffe gebraucht, welche eben zweischneidig ist, der kann sich über den Nachteil, welchen der Gebrauch derselben für ihn selbst ergibt, sicherlich nicht beklagen. Aber in formeller, processualischer Beziehung liegt die Ursache dieses Nachteiles doch nur in dem eigenen Vorgehen des Producenten[88]), es muß daher vom Parteistandpunkte aus mindestens als ungeschickt oder unklug erscheinen, ein Beweismittel ins Feld zu führen, welches in der bezeichneten Weise dem Gegner entschiedenen Vorteil bietet und daran schließt sich die Frage an, ob der Producent, wenn er merkt oder besorgt, daß dieß der Fall ist, sein Beweismittel nicht wieder zurückziehen und fallen lassen könne. Die einfache Consequenz aus dem früher Gesagten ergibt hiefür rücksichtlich der hier zunächst in Betracht kommenden Zeugen vom Momente der Realproduction an eine entschieden negative Antwort[89]). Der Vorteil, welcher

---

[87]) S. vorzugsweise Hesse l. c. S. 28 u. ff.; Renaud im civil. Arch. Bd. 44. S. 158 u. ff. u. Lehrb. § 144. Note 9 u. die in dieser Note pr. Citirten. Dagegen die ebenda i. f. citirten Abhandlungen.

[88]) Der für den Producenten sich ergebende Nachteil ist natürlich correspondirend dem Vorteile, welcher dem Producten erwächst. Aus der Beschaffenheit des Beweismittels entsteht mit dem oben Note 85 erwähnten materiellen Vorteile des letzteren ein materieller Nachteil des ersteren und aus dem processualischen Gebrauche des Beweismittels entsteht mit dem oben Note 86 charakterisirten processualischen Vorteile des letzteren der processualische Nachteil des ersteren.

[89]) S. dagegen Hesse l. c. S. 7 u. ff. Dagegen wieder Linde im civil. Arch. Bd. 24. S. 88 u. ff. u. darüber Knorr l. c. Bd. 17. S. 117 u. ff.

dem Producten daraus erwächst, daß er bei Verwendung der vom Producenten schon berufenen Zeugen keine Einwendungen gegen die Person derselben zu besorgen hat, beruht, wie oben ausgeführt wurde, auf der Anerkennung der Beweistüchtigkeit dieser Zeugen durch seinen Gegner; diese Anerkennung ist mit der Realproduction derselben von Seite des Producenten perfect, damit also auch der genannte Vorteil für den Producten begründet und das bereits Erlangte kann ihm naturgemäß durch einseitige Handlung des Gegners (Producenten) nicht wieder entzogen werden. Das allein reicht zur Begründung der gegebenen Antwort schon vollständig aus; denn wenn es richtig ist, daß der Producent seinen Zeugen schon aus diesem Grunde nach der Realproduction nicht mehr fallen lassen kann, so kommt es nicht darauf an, ob sich dieß auch noch aus anderen Gründen ergibt. In der That wird dieß aber auch durch eine nähere Betrachtung dessen, was dem Producten von dem Inhalte des vom Producenten gebrauchten Beweismittels zu statten kommt, noch wesentlich unterstützt. Der Vorteil nemlich, welcher für den Producten in letzterer Beziehung resultirt, ist, wie oben gezeigt, ein doppelter, einmal der (materielle), daß die durch die Aussage der gegnerischen Zeugen zu seinen Gunsten gelieferten Gründe bei Entscheidung der Sache auch gewürdigt werden müssen und sodann der (formelle, processualische), daß er zur Sicherung dessen dieselben auch ausdrücklich geltendmachen und für seinen Beweiszweck verwerten kann, ohne die zur Entfaltung derselben erforderlichen processualischen Acte selbst vorgenommen zu haben. Der erstere hat seinen Grund in der Beschaffenheit des Beweismittels und der dem Richter obliegenden objectiven Würdigung aller durch dasselbe gebotenen Beweisgründe. Er kommt daher, u. z. auch ohne besonderes Zuthun des Producten, allerdings erst nach wirklicher Entfaltung dieser in dem Beweismittel liegenden Gründe durch die richterliche Würdigung selbst thatsächlich zur Geltung[99]), aber er liegt schon vor, sobald eben der Grund desselben, das

---

[99]) Darauf muß es beschränkt werden, wenn gelehrt wird: „daher tritt auch diese Wirkung erst dann ein, wenn die producirten Beweismittel wirklich benützt (? doch wol: wenn die Beweisgründe derselben wirklich dargelegt und geprüft) sind." S. Bayer l. c. S. 934; Renaud Lehrb. des G. P. § 145 und im civil. Arch. Bd. 44. S. 172. 173. Derselbe behauptet an letzterer Stelle: „Der Natur der Sache nach wird man nun, wie dieß bereits hinsichtlich der Urkunden entwickelt, sagen müssen, daß eine Partei die ihr aus der Gemeinschaftlichkeit der Depositionen ihrer Zeugen drohenden Nachteile durch Aufgeben dieser letztern so lange und nur so lange abzuwenden vermag, bis der Richter im Stande ist, die Ergebnisse dieser Beweisführung zu prüfen, bis also mit a. W die betreffenden Zeugen gerichtlich einvernommen sind, da hiermit nunmehr das Stadium der richterlichen Officialthätigkeit beginnt." Allein dieß wird meines Erachtens durch die eigene am Schluße beigefügte Begründung widerlegt. Wann beginnt denn das Stadium der richterlichen Officialthätigkeit? Wirklich erst, wenn die Zeugen gerichtlich einvernommen sind? Ist denn nicht schon die gerichtliche Vernehmung der von der Partei realiter producirten Zeugen ein Teil der richterlichen Officialthätigkeit"? Wenn es für die vorliegende Frage „der Natur der Sache nach" entscheidend ist, wann die „richterliche Officialthätigkeit" beginnt, dann kann m. E. wol gar nicht zweifelhaft sein, daß die Realproduction der hier entscheidende Moment ist. Für den

Beweismittel im Processe in einer Weise vorliegt, daß es darnach zur wirklichen Entwicklung der in demselben enthaltenen Beweisgründe und zur Würdigung derselben kommen muß, und dieß ist der Fall, sobald die Realproduction erfolgt ist. Damit ist der erwähnte (materielle) Vorteil begründet und von da an kann er ihm durch einseitige Handlung des Producenten nicht mehr entzogen werden. Der letztere (processualische) Vorteil aber hat seinen Grund in dem processualischen Vorgehen des Producenten, in Folge dessen es zur wirklichen Darlegung der Beweisgründe und Würdigung derselben kommen muß, er ist daher bei Beweismitteln, nach deren Natur, wie bei den Zeugen, die Entfaltung der in denselben enthaltenen Beweisgründe nicht schon mit der Vorlage derselben verbunden ist, sondern einen abgesonderten Act erfordert, nicht erst mit der wirklichen Entwicklung der Beweisgründe, sondern schon dann gegeben, wenn jenes Vorgehen des Producenten abgeschlossen ist, dieser also Alles gethan hat, was seinerseits geschehen muß, damit es zur wirklichen Entfaltung der Beweisgründe und zur richterlichen Würdigung derselben komme, d. i. mit der Realproduction. Sowie es durch das weitere Beweisverfahren dem Producenten schon jetzt gesichert ist, daß die Beweisgründe, welche er aus der Aussage des von ihm producirten Zeugen für sein Beweisthema erwartet, zur Darlegung und sonach zur richterlichen Würdigung kommen und daß dieß durch einseitiges Vorgehen seines Gegners nicht ausgeschlossen werden kann, ebenso muß es auch, soll Gleichheit der Behandlung beider Parteien im Processe vorwalten, dem Producten jetzt schon gesichert sein, daß diejenigen Beweisgründe, welche sich aus der Aussage des vom Gegner producirten Zeugen zu seinen Gunsten ergeben werden, auf die er rechnet und auf deren Geltendmachung er Anspruch hat, zur Entwicklung und Würdigung gelangen und daß dieß nicht durch einseitiges Vorgehen seines Gegners (des Producenten) gehindert werden kann. Auch nach diesen Erwägungen kann also der Producent schon vom Momente der Realproduction an seinen Zeugen (resp. Beweismittel) nicht mehr zurückziehen.

Nach dem Gesagten schafft also die reale Production von Zeugen und Beweismitteln überhaupt in Gemäßheit allgemeiner processualischer Grundsätze allerdings eine Situation unter den Parteien, vermöge welcher der Producent

---

Producenten und für den Producten ist, da das Zeugenverhör in ihrer Abwesenheit erfolgt und die ihnen bloß gestattete Anwesenheit „ad juraro videndum“ auf die vorliegende Frage gar keinen Einfluß haben kann, die Sachlage unmittelbar nach der gerichtlichen Vernehmung der Zeugen genau dieselbe, wie nach der Realproduction und darauf kommt es hier wol an. Da es eine amtliche Verpflichtung des Richters ist, die von der Partei realiter producirten Zeugen in der gesetzlichen Weise zu vernehmen, so darf man gewiß sagen, daß er, soweit es eben auf ihn ankommt, nach der Realproduction genau ebenso „im Stande ist, die Ergebnisse dieser Beweisführung zu prüfen“, wie nach der gerichtlichen Vernehmung und daß somit gerade nach Renaud's Argumentation die Natur der Sache für den Moment der Realproduction spricht. Es handelt sich ja doch wol nicht um ein factisches, sondern um ein rechtliches „Imstandesein.“

rücksichtlich der Verwendung des producirten Beweismittels im Processe in gewisser Weise gebunden erscheint und welche dem Producten in wichtigen Beziehungen zu statten kommt, aber einen vollkommen adäquaten, bezeichnenden und namentlich nicht mißzuverstehenden Ausdruck gibt der Grundsatz: „testes et documenta per productionem fiunt communia“ hiefür nicht. Derselbe ist nur durch den Gesichtspunkt gerechtfertigt, daß man den Schwerpunkt auf die Situation des Producten legt, dieselbe kurz durch die Erklärung charakterisirt, der Product erlange mit der Realproduction einen gewissen, ihm auch für seine Beweisführung zu statten kommenden Anteil an dem vom Producenten gebrauchten Beweismittel und daß man sodann die Existenz dieses ganz unbestimmt gelassenen Anteiles durch den Ausdruck „Gemeinschaft“ oder „Gemeinschaftlichkeit“ der Beweismittel bezeichnet[91]). Der genannte Grundsatz hat daher auch im canon. Processe reale Bedeutung, aber eine Bedeutung, welche hier, wie sonst, erst der Bestimmung und Ausführung bedarf.

Auf die erörterte, dem Betriebe des Beweisführers überlassene Production folgt die receptio testium, welche nunmehr ganz der amtlichen Thätigkeit des Richters anheimfällt und in der Beeidigung der producirten Zeugen, sowie in deren Vernehmung besteht. Durch die Erwägung, daß auch im canon. Rechte die ganze Stellung des Richters bei Beeidigung und Vernehmung der Zeugen in der Art bestimmt ist, daß er hiebei Gelegenheit suche und benütze, um Alles wahrzunehmen, was für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen und seiner Aussage von Bedeutung sein kann und daß diesen Wahrnehmungen sonach bei der Würdigung der Beweiskraft der Zeugenaussage insbesondere und des Resultates der Beweisführung überhaupt ein nicht unbedeutendes Gewicht zukommt, wäre es zwar entschieden geboten, daß immer der judex causae selbst wenigstens dort die receptio testium vornehme, wo dieß zulässig und thunlich ist; auch das canon. Recht ist bei der Normirung des Beweisverfahrens von dem Streben geleitet, dasselbe so zu gestalten, daß alle Momente, welche für die beweisende Kraft des gebrauchten Beweismittels von Einfluß sind, nicht nur sicher zur Entfaltung, sondern auch zu voller Würdigung und Verwertung bei der Entscheidung gelangen und eben darnach erscheint die Vernehmung der Zeugen durch den Erkenntnißrichter selbst nahezu als Notwendigkeit. Allein soweit ist das canon. Recht in der Ausbildung eines zweckentsprechenden, consequenten Beweisverfahrens nicht gekommen, die Committirung des Zeugenverhörs an eine nach Ermessen des Richters hiezu geeignete, häufig auch von den Parteien selbst in Vorschlag gebrachte Persönlichkeit, gewönlich an einen zur Curie oder Kanzlei des Richters gehörigen Notar, ist darnach nicht bloß

---

[91]) Wetzell l. c. S. 225. Note 4: „Die Vorstellung einer Communion als eines den Parteien gemeinsamen Rechts an den Beweismitteln tritt jedoch .... erst in der Doctrin hervor, welche daraus wieder die Unstatthaftigkeit eines Verzichts des Producenten auf die gemeinsam gewordenen Beweismittel folgert.“ Vgl. hier I. Teil S. 119. 120.

gestattet[92]), sondern war in der Praxis der kirchlichen Gerichte zu so allgemeiner Regel geworden, daß schon Hostiensis darüber Klage führt[93]), daß die Richter die Bedeutung dieses so wichtigen Teiles ihrer Amtsthätigkeit verkennend die Zeugenvernehmung als ein ihnen lästiges Geschäft von sich weisen und anderen, häufig dazu ganz ungeeigneten Leuten aus ihrem Hilfspersonale übertragen. Bei dieser Committirung wird jedoch Beeidigung und Vernehmung der Zeugen selbst genau auseinander gehalten; in der Regel wird nur die letztere, nicht erstere committirt und zur Committirung der ersteren ein besonderer Auftrag erfordert[94]), so daß die Uebertragung der examinatio testium die Befugniß zur Beeidigung derselben ebenso wenig involvirt, als zu anderen Acten, welche nach Gestalt der Umstände etwa notwendig sind, um ein der Vernehmung sich entgegenstellendes Hinderniß zu beseitigen[95]).

Die Beeidigung der Zeugen hat in jedem Falle vor deren Vernehmung zu erfolgen[96]); nimmt sie der Richter selbst vor, so geschieht dieß in demselben Termine, in welchem die Realproduction erfolgt und für welchen, wie schon oben erwähnt, auch der Product geladen sein muß. Beide Parteien haben das Recht, bei derselben gegenwärtig zu sein, sie müssen daher, wenn die Beeidigung in dem genannten Termine nicht erfolgt, sondern auf einen neuen Termin gesetzt wird, zu diesem wieder insbesondere geladen, resp. monirt werden. Das wirkliche Erscheinen derselben ist für den Fortgang und die Wirksamkeit des weiteren Verfahrens nicht entscheidend[97]). Von mehreren zugleich producirten

---

[92]) c. 1. X. de test. cog. (2. 21.).

[93]) Wie Joannes Andreae in der additio zur Glosse „interrogatoria“ ad c. 2. de test. in VI^to. (2. 10.) und darnach J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34. S. 187 berichtet. Auch Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 7. Nr. 2 hebt noch insbesondere hervor: „Nec judex hoc officium, in quo tota vis causae est, notario committat, ... sed per se ipsum examinet“. Vgl. Scaccia l. c. lib. II. Nr. 36 u. ff. Nr. 717 u. ff.; J. Menochius de arbit. jud. quaest. lib. II. cent. III. casus 250; Rockinger l. c. Bd. 9. S. 671. Unter allen hier in den Beilagen Nr. 4—43 mitgeteilten Fällen findet sich nicht ein einziger, in welchem das Zeugenverhör vom Richter selbst vorgenommen würde, dasselbe wird immer dem „coadjutor et notarius“, der das Protocoll schreibt, an dessen Stelle aber häufig (s. Nr. 22, 40.) später auch ein anderer substituirt wird, übertragen, so daß oft (s. Nr. 14. 26.) das Begehren der Partei selbst schon auf Erteilung solcher commissio gerichtet wird.

[94]) S. Beilagen Nr. 4. 7. 8. 10. 11. 14. 15. 22. 23. 26. 36. 40. Soweit der Richter die Zeugen nicht selbst beeidigt wird da die commissio stets erteilt „ad sacramentandum et examinandum testes“, resp. „committitur examinatio testium cum juramenti delatione.“

[95]) So z. B. kann in Nr. 15 der Beilagen der beauftragte Notar das Verhör einiger Frauen als Zeugen nicht vornehmen, weil diese unter Berufung auf ihre Schwangerschaft sich weigern, zu schwören, wogegen erst der Richter über Begehren des Beweisführers und Bericht des Notars Abhilfe schafft.

[96]) S. oben I. Abschn. 2. Cap. Nr. 2. Note 68; Rockinger l. c. S. 672.

[97]) c. 7. § 12. C. II. q. 1; dazu Glosse ad c. 7. cit. voce: „si eo praesente“, ad l. 19. C. de test. (4. 20.). v. „noluerint“ u. ad nov. 90. c. 9. v. „praesentem“; c. 2. X. de testib. (2. 20.) und dazu Glosse v. „audire“, „noluerit venire“ u. „admonendus“. Vgl. Pillius l. c. p. 3. § 10; Tancredus l. c. p. 3. tit. 8. § 2. i. f.; Gratia

Zeugen hat zwar jeder den Eid selbstständig für sich zu leisten, doch eine Absonderung derselben ist zum Behufe der Beeidigung nicht erforderlich, jeder kann in Gegenwart aller übrigen beeidigt werden[98]). Daß der Richter der Abname des Eides eine Meineidserinnerung vorausschicke, ist zwar gesetzlich nicht vorgeschrieben, wol aber ist es, sowie überhaupt dem Geiste des canon. Rechts und der allgemeinen Stellung des kirchlichen Richters entsprechend, so auch insbesondere durch gesetzliche Bestimmung[99]) betont, daß der Richter passende, das Gewissen des Zeugen wachrufende und die Bedeutung des Actes nahelegende Vorstellungen, sei es gemeinschaftlich an alle zugleich anwesenden oder an jeden einzelnen zu beeidigenden Zeugen richte und die Durchführung dessen ist der Discretion des Richters überlassen. Auch über die Förmlichkeiten, unter welchen der Eid abgelegt werden muß, ist gesetzlich nur vorgeschrieben die ausdrückliche Berufung auf Gott und die Vorlage und Berührung des Evangelienbuches durch die Hand des Schwörenden[100]); sonstige Formen und Solennitäten, namentlich das Aufheben des Daumens und der beiden ersten Finger der rechten Hand, das Ablegen des Eides vor dem zwischen zwei brennenden Kerzen stehenden Crucifix sind zwar kirchlichen Ursprungs oder doch in kirchlichem Sinne gedeutet und nicht bloß bei den geistlichen, sondern auch den weltlichen Gerichten in constante Uebung gekommen, durch Bestimmungen des canon. Rechts aber nicht vorgeschrieben[101]). Der Inhalt des von den Zeugen zu leistenden Eides wurde bereits oben (I. Abschn. 2. Cap. Nr. 2.) erörtert und ist hier nur noch hinzuzu-

---

l. c. p. 2. tit. 6. § 1; Damasus l. c. tit. 67. 68. 70; Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 4. Nr. 4 i. f., § 7. pr.; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 84. S. 192. 193; Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 5. Nr. 85 u. ff.; Scaccia l. c. lib. II. c. 8. Nr. 17 u. ff., Nr. 400 u. ff., Nr. 561 u. ff. Bemerkenswert ist, daß, wärend die Glosse bemüht ist, die dem röm. Rechte durchaus fremde Beschränkung der Anwesenheit der Parteien auf die Beeidigung der Zeugen in die Bestimmungen des röm. Rechts hineinzutragen und auch die anderen Schriftsteller, bes. Durantis sich dabei noch ausdrücklich auf das röm. Recht, bes. l. 19. C. 4. 20. u. nov. 90. c. 9. stützen, Damasus l. c. tit. 67 sagt: „Et de consuetudine jurant testes in praesentia utriusque partis et postea dicunt testimonia sua . . . in secreto non audientibus partibus."

[98]) Vgl. Gratia l. c. p. 2. tit. 6. § 1. i. f. u. die Beilagen Nr. 7. 10.

[99]) c. 1. X. de test. cog. (2. 21.): „Ideoque mandamus, quatenus testes ab alterutra partium in suae assertionis testimonium invocatos, ne veritatem occultent, diligentius moneas et inducas." Vgl. Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 663.

[100]) c. 7. 11. C. 22. q. 1; c. 7. X. de juram. calumn. (2. 7.); c. 4. i. f. X. de jurejur. (2. 24.); c. 1. § 3. in Clem. de haeret. (5. 3.). Bei Bischöfen ist, wie c. 7. X. cit., ja schon nov. 123. cap. 7. ausdrücklich bestimmt, die Berührung nicht erforderlich.

[101]) Vgl. Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 623 u. ff., wo auch der Formen des Eides von Juden, Türken a. a., „si in foro Christianorum examinarentur" gedacht wird und woraus hervorgeht, daß auch vor den geistlichen Gerichten die Begriffe der Religion, welcher der Schwörende angehört, diesfalls allein bestimmend waren. Phillips Lehrb. des KirchenR. II. § 310. Nr. VI.; Richter-Dove Lehrb. des KR. (6. Aufl.). § 288. Nr. III; Wetzell l. c. § 25. Note 25 u. ff.; Renaud l. c. § 128. Note 20 u. ff.

fügen, daß auch die Versicherung, Zeuge werde seine Aussage bis zu erfolgter richterlicher Publication geheim halten, durch die Praxis der geistlichen Gerichte in den Inhalt des Zeugeneides ganz allgemein aufgenommen [102]) und sodann auch noch in neueren weltlichen Particulargesetzen [103]) beibehalten wurde. Nach vorgenommener Beeidigung hat der Richter entweder selbst zum Verhöre zu schreiten, oder wenn er eben dieses committirt, den Auftrag zur Vorname desselben in der entsprechenden Weise zu erteilen [104]). Hatte er schon die Beeidigung committirt, so versteht sich von selbst, daß der Beauftragte ganz in der gleichen, eben dargestellten Weise vorgehen muß und ebenso ergibt sich von selbst, daß dieß auch vom requirirten Richter, soweit dieser überhaupt nach den Normen des canon. Rechts zu verfahren gehalten ist, gilt.

Das Verhör selbst ist sodann mit jedem einzelnen Zeugen abgesondert und in Abwesenheit der Parteien vorzunehmen, u. z. hat dasselbe diese Gestaltung gerade erst im canon. Processe seit Ende des 12. Jahrh. im Gegensatze zum römischen Rechte [105]), welchem auch noch das ältere canon. Recht [106]) gefolgt

---

[102]) Tancredus l. c. p. 3. tit. 9. § 1. i. f. bemerkt dießfalls: „Moderni quippe judices hoc addunt ad cautelam: quod ita dicent veritatem . . . . et quod non manifestabunt partibus dictum suum, donec publicabitur. Et licet haec per jura non probent, satis bona cautela videtur.“ Die Begründung hiefür gibt Durantis l. c. § 4. Nr. 2, wo auch noch gesagt wird: „Quidam etiam addunt et bene, quod nulli parti pandes testimonium tuum“ etc., aber schon freilich nicht passende Gesetzesstellen (l. 16. D. de test. 22. 5. in c. 3. § 20. C. IV. q. 2 u. 3; c. 17. 55. X. de test. 2. 20. u. c. 35. X. de jurejur. 2. 24.) dafür bezogen werden. Dagegen heißt es schon bei J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34. S. 192. allgemein und ohne Beschränkung auf Geheimhaltung vor den Parteien: „Et de facto additur sextum, videlicet, quod secretum teneant dictum suum usque ad publicationem“ und ebenso erklärt Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 620: „Addunt . . . communiter omnes, quod dictum suum tenebit secretum“ etc., freilich mit dem unrichtigen Beisatze: „et hoc apparet aperte ex textu in c. 3. § 20. C. IV. q. 2 u. 3.“ cit.

[103]) Z. B. Allg. österr. G. O. v. 1781. § 161.

[104]) Es hat sonach Committirung, wie Requisition in jedem Falle „praesente utraque parte“, d. h. in einem Termine zu erfolgen, für welchen beide Parteien geladen sind, widrigens Anfechtung des Actes der betreffenden Partei zusteht (vgl. Beilagen Nr. 23, wo die Partei „protestatus fuit de nullitate examinationis, quia facta fuit commissio eo inscio“); daß aber Beides nur „de voluntate partium“ stattfinden könne, (Gratia l. c. p. 2. tit. 6. § 1. pr. Menochius de arbitr. jud. quaest. lib. II. cent. III. cas. 250, bes. Nr. 5, 6. und die bei Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 45 u. ff. Citirten, wo jedoch Durantis l. c. § 7. Nr. 2 vergl. mit § 3. Nr. 22 unrichtig aufgefaßt erscheint) läßt sich schon nach der Natur der Gründe, auf welchen die Notwendigkeit, resp. Zulassung der Committirung sowol, als der Requisition beruht, nicht sagen.

[105]) S. darüber Zimmern l. c. § 133. 148; Rudorff röm. Rechtsgesch. (Leipz. 1859) II. § 76; Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 599. III. S. 278; Mittermaier im civil. Arch. Bd. 5. S. 69 u. ff.; Spangenberg ebenda Bd. 6. S. 213 u. ff.

[106]) c. 7. § 3. C. II. q. 1; dict. Grat. in C. III. q. 9; Vgl. Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 2. X. h. t. (2. 20.) Nr. 4 u. ff.; Molitor l. c. S. 99; Schulte Dorst. des Proc. v. d. kath. geistl. Eheger. Oesterr. (Gießen 1858.) S. 176. Note 1.

war, erhalten [107]). Die Grundlage desselben bilden naturgemäß die eingebrachten Artikel und Interrogatorien, in deren Ermangelung dem Richter die Positionen oder das in der Klage, resp. in den Einwendungen Vorgebrachte das erforderliche Substrat bieten müssen. Im letzteren Falle liegt nicht bloß die Art, sondern auch der Inhalt des Zeugenverhörs ganz in der Hand des Richters, aber auch, wenn Artikel und Interrogatoria vorliegen, ist die Stellung des Richters beim Verhöre ziemlich ungebunden und seinem Ermessen ein weites Feld gelassen. Er ist zwar nicht befugt, an Stelle der eingebrachten Artikel und Fragestücke andere zu setzen oder dieselben, soweit er sie nicht schon früher zurückgewiesen hat oder jetzt erst als offenbar überflüssig oder nicht zur Sache gehörig erkennt, ganz zu übergehen und auf diese Weise dem Verhöre einen von dem durch die Parteivorlagen bestimmten ganz verschiedenen Inhalt zu geben [108]), aber es ist Aufgabe des Richters, über die dem Verhöre hiernach zu unterstellenden Thatsachen oder Umstände klare und bestimmte Aussagen zu erzielen und Alles dasjenige zu eruiren und festzustellen, was nach dem geltenden Rechte in sachlicher und in persönlicher Richtung für die Beweiskraft der Aussage bestimmend ist [109]). Der Richter hat daher durch selbstständige Befragung die für die Glaubwürdigkeit des Zeugen im Allgemeinen und im concreten Falle maßgebenden persönlichen Verhältnisse desselben zu constatiren, Undeutlichkeiten der Aussage aufzuklären, ungenügende oder unvollständige Antworten zu ergänzen, Widersprüche, in die der Zeuge mit sich selbst geräth, zu beheben und die für die Beurteilung des sachlichen Wertes der Aussage wichtigen Momente möglichst in's Klare zu stellen. Der Richter hat eben hier schon an die ihm seinerzeit obliegende Würdigung des Resultates der Beweisführung zu denken und für diese Operation den später nicht mehr zu gewinnenden Grund zu legen. Die ältere Theorie [110]) hat nun allerdings für diese Thätigkeit des Richters aus

---

[107]) Eine sehr gründliche und treffende Darstellung hierüber gibt Duhn in seiner Abhandlung: „Ueber das Verhör der Zeugen, namentlich der auswärtigen" im civil. Arch. Bd. 42. S. 25 u. ff., wo überzeugend nachgewiesen ist, daß der eigentliche Grund dieser Gestaltung weder in einem Mißverständnisse der l. 14. C. de testib. 4. 20. (Mittermaier in der oben Note 105 cit. Aufsatze; so auch bes. Devoti inst. can. lib. III. tit. 9. § 18. Note 7. mit Beziehung auf Cujacius), noch in dem von den Canonisten allgemein zur Begründung herangezogenen Vorgehen des Propheten Daniel in der Geschichte der Susanna (s. Daniel cap. 13.) zu suchen ist, sondern daß wichtige rationelle Motive dazu geführt haben. Vgl. dazu Endemann Beweisl. § 56; Langenbeck l. c. S. 539 u. ff.; Büchel l. c. S. 12.

[108]) „Weil es", wie Schmid l. c. II. § 139 richtig bemerkt, „von der Partei abhängt, nicht bloß, ob sie, sondern auch, wie weit sie von diesem Beweismittel Gebrauch machen will."

[109]) Das canon. Recht bestimmt dieß in der allgemeinen Anordnung des c. 37. X. h. t. (2. 20.): „mandamus, quatenus recipias testes .... ac eos diligenter examinare procures et de singulis circumstantiis prudenter inquirens, de causis videlicet, personis, loco, tempore, visu, auditu, scientia, credulitate, fama et certitudine, cuncta plene consignes." Vgl. dazu c. 3. X. de causa poss. (2. 12.); c. 53. X. h. t. (2. 20.); Rockinger l. c. S. 673 u. ff.

[110]) Vgl. Glosse ad c. 37. X. cit. v. „circumstantiis" — „tempore"; Pillius

abstracten Erwägungen gewisse Regeln zu gewinnen gesucht, durch deren Anwendung eine zweckentsprechende Uebung dieser Thätigkeit auch unabhängig von der Individualität dessen, der das Verhör vornimmt, gesichert werden sollte. Allein zu festen, den Richter bindenden Normen sind dieselben auch im canon. Processe nicht geworden, sie sind immer nur Anhaltspunkte geblieben, welche dem Richter vermöge ihres inneren Wertes im concreten Falle nutzbringend sein konnten [111]). Nur in einer Richtung hat die Theorie da eine absolut bindende Norm durchgesetzt, die für die Beurteilung des Gewichtes der Aussage allerdings wichtige Erforschung des Wissensgrundes ist in der That zum unerläßlichen Erfordernisse der Wirksamkeit der Zeugenaussage geworden, u. z. nicht bloß im canonischen Processe [112]), sondern auch mit solcher Nachhaltigkeit, daß auch neuere Gesetze [113]) dasselbe noch beibehielten. Daß der Richter an geschickt gearbeiteten Interrogatorien des Producten einen wichtigen Behelf hiefür hat, ist oben bereits bemerkt, dort aber auch schon hervorgehoben worden, daß er an die durch dieselben gesteckten Grenzen nicht gebunden ist, sondern je nach Befinden im concreten Falle auch über dieselben hinausgehen kann. Ergibt sich zur Erlangung einer klaren, unzweideutigen Aussage die Notwendigkeit, die Zeugen an Ort und Stelle zu führen, ihnen Gegenstände, über welche sie auszusagen haben, vorzuweisen u. dgl., so hat der Richter dieß zu veranlassen [114]). Verlangt der Zeuge unter Anführung gewichtiger Gründe eine Bedenkzeit, um eine sichere und genaue Aussage machen zu können, so ist ihm dieselbe nach

---

l. c. p. 3. § 11; Tancredus l. c. p. 3. tit. 9. § 2; Gratia l. c. p. 2. tit. 6. § 2; Bonaguida l. c. p. 3. tit. 6. i. f. tit. 7. S. 288 u. ff.; Durantis l. c. § 6 Nr. 4. 15. § 7. Nr. 3 u. ff.; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34. S. 194 u. ff.; Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 905 u. ff.

[111]) S. dagegen Endemann Beweisl. S. 225. Gerade das hier Note 12 angeführte Citat aus Lanfrancus de Oriano bestätigt den im Texte hervorgehobenen Charakter der über die Art des Zeugenverhörs von der Theorie (s. unten Note 117—119) gegebenen Regeln. Denn im Civilprocesse ist ja beim Zeugenbeweise nur das Verhör der Ort, wo der Richter wirklich „ad veritatem laborare debet", und wenn das nun „quibuscunque modis" geschehen kann, so kann natürlich der von der Doctrin näher festgestellte modus keinen bindenden Charakter haben. Vgl. Durantis l. c. § 6. Nr. 15.

[112]) S. oben I. Abschn. 2. Cap. Note 80.

[113]) Oesterr. allg. G. O. v. 1781. § 154. Vgl. Pratobevera Materialien. Bd. 7. S. 325. 326.

[114]) So stellt in Nr. 39 der Beilagen die Partei nach der publicatio testium in termino posito ad concludendum das Begehren: „quod iidemmet testes examinati una cum cancellario accedant ad loca ipsorum camporum, de quibus deponunt, ibique specificent et declarent aperte, qui sunt ipsi campi, super quibus testimonium dederunt et cui spectant." Der Richter weist dasselbe zwar in der folgenden declaratio ab, aber nicht, als ob es überhaupt unzulässig wäre, sondern offenbar („si non uidet aliud, quam uiderit usque modo"), weil er das Geforderte im vorliegenden Falle nicht für notwendig erkennt. In Nr. 32 ebenda stellt Producent von Vornherein das Begehren: „quod D. Vicarius (der Richter), ut melius de justitia partis sue judicare possit, equitet super locum et examinet ibi testes", worüber dann offenbar verhandelt und vom Richter je nach Befund der Notwendigkeit declarirt wurde.

Würdigung dieser Gründe und unter entsprechender Sicherung gegen Umtriebe zu gewähren [115]) und ebenso sind nachträgliche Berichtigungen oder Ergänzungen, welche der Zeuge an der bereits abgegebenen Aussage vornehmen will, aufzunehmen und als integrirender Bestandteil der Aussage zu würdigen, soweit nicht gegründete Bedenken gegen die Provenienz und Unverfänglichkeit derselben obwalten. In letzterer Beziehung ist der Umstand, daß dieselben sofort, unmittelbar nach der Aussage selbst (in continenti) oder doch noch vor Abgang des Zeugen vom Verhöre erfolgen, allerdings von Wichtigkeit, aber doch nicht allein und unter allen Umständen ausschlaggebend [116]). So wenig der Richter durch seine Befragung Umstände in das Verhör hereinziehen darf, welche gar nicht zur Sache gehören, oder doch nicht in das Bereich des concreten Beweisthema's fallen, ebenso wenig darf er zulassen, daß der Zeuge solches in seiner Aussage thue; wenn aber der Zeuge aus eigenem Antriebe mit seinen Antworten durch mehr zusammenhängende Darstellung Aussagen in Verbindung bringt, welche über Wortlaut und Sinn der Artikel oder der vom Richter gestellten Fragen zwar hinausgehen, doch auf das ganze Beweisthema Bezug haben, so kann der Richter dieselben nicht zurückweisen [117]). Sind mehrere Zeugen zu vernehmen,

---

[115]) So z. B. bei Schaumann: Die Acten des ersten schftl. Proc. in Deutschland S. 35: „. . . et producti in praedicto termino ad testimonium ferendum . . . idem testes cum instancia pecierunt, ut super ferendo testimonio antedicto eisdem darentur indacie largiores, quia super negocio, super quo producti erant, non cogitassent, nec haberent bene in memoria, sed vellent libenter deliberare, ut possent eo meliores in alio termino praehibere testimonium veritati. Quorum precibus annuentes de consensu partis utriusque (daß dieß nicht wesentlich ist, ergibt sich aus der ganzen Stellung des Richters beim Verhör, dieser consensus war aber hier „in termino assignato ad probandum per testes“ vom Richter leicht einzuholen) eisdem testibus assignavimus, quinimmo praesentibus assignamus quartam feriam proximam post letare ad faciendum tunc in illo termino, quod nunc in isto a memoratis testibus fuerat faciendum“ Vgl. Schneider l. c. § 533; Bayer l. c. S. 947. 3; Schmid l. c. II. § 139.

[116]) c. 7. X. de test. cog. (2. 21.), wozu schon die Glosse v. „in continenti“ bemerkt: „. . . sed hoc posset intelligi habito respectu ad qualitatem personae, ut sic possit corrigere vel addere etiam ex intervallo.“ Vgl. Bonaguida l. c. p. 3. tit. 7. S. 293, 294.

[117]) c. 29. X. h. t. (2. 20.); dazu Glosse v. „non jurati“. Daß der Satz der älteren Doctrin: „Testis deponens extra capitula nihil probat“ auch nur in dem im Text bezeichneten Sinne aufzufassen ist, ergeben die von Mascardus l. c. Vol. IV. concl. 1372 bei Erörterung desselben angeführten limitationes zur Genüge. Sehr richtig bemerkt Endemann Beweisl. S. 218, daß sich „eine juristische Regel darüber nicht finden läßt, in welchem mittelbaren oder unmittelbaren Bezug die Aussage zu dem Thema stehen muß“; doch als bindende jur. Regel war jener Satz der älteren Doctrin wol auch nicht gemeint. Mit dem von Bayer l. c. S. 947. Nr. 2 u. Schmid l. c. II. § 139. S. 262 hervorgehobenen Momente, daß derartige Aussagen „sonst nur insofern protocollirt werden müssen, als dieses der Grundsatz der Gemeinschaft der Beweismittel nötig macht“ ist ein fester Anhaltspunkt auch nicht geboten. Aus einer Beschränkung des Zeugeneides auf bestimmte einzelne Artikel oder Interrogatoria kann auch nach c. 29. X. cit. nicht argumentirt werden, weil es sich da eben um ganz verschiedene Beweisthemata handelt und eine solche Beschränkung überhaupt der Natur des Zeugeneides widerspricht.

von denen nicht jeder über alle, sondern nur über einzelne der vorgelegten Artikel, resp. Interrogatorien producirt ist, so hat sich der Richter dießfalls zwar genau an die von den Parteien (im Directorium) hierüber gestellten Anträge zu halten; im Uebrigen aber ist er an eine bestimmte, etwa an die in den Artikeln und Interrogatorien aufgestellte Reihenfolge bei der Befragung in keiner Weise gebunden, sondern hat sich da lediglich nach dem logischen Zusammenhange und der ihm als zweckmäßig erscheinenden Ordnung zu richten[118]). Nach der allgemeinen Anordnung des canon. Rechts in c. 11. X. de prob. (2. 19.) hat sodann der Richter die Aussagen der Zeugen mit möglichster Genauigkeit und Vollständigkeit aufzeichnen, dabei aber auch alle seine Wahrnehmungen über die Art der Aussage, das Verhalten des Zeugen bei derselben u. dgl. feststellen zu lassen, welche für die Beurteilung der Beweiskraft der Aussage von Bedeutung sein können[119]). Daß diese schriftliche Formulirung dem Zeugen nach beendigter Vernehmung vorgelesen und von ihm nach erfolgter Bestätigung ihrer Richtigkeit unterfertigt werde, ist vom canon. Rechte nicht gefordert, auch in der Praxis der geistlichen Gerichte nicht üblich gewesen.

Die dem Richter beim Zeugenverhöre obliegende Thätigkeit erweist sich demnach als eine ziemlich schwierige und es muß die im canon. Processe freilich nur durch die Praxis zur Regel gewordene Uebertragung derselben an Andere im Allgemeinen um so bedenklicher erscheinen, je wichtiger dieselbe für die Würdigung des Resultates der Beweisführung und somit für die Entscheidung der Sache selbst ist. Bei den absolut unvermeidlichen Requisitionen werden diese Bedenken wol dadurch gemindert, daß der requirirte Richter auf der gleichen Bildungsstufe steht, wie der judex causae und daß er bei Einsendung der aufgenommenen Zeugenaussagen sich nach den von ihm gemachten Beobachtungen über die Glaubwürdigkeit der vernommenen Zeugen aussprechen soll[120]). Bei den Committirungen kann ein Gegengewicht gegen diese Bedenken darin erblickt werden, daß der Richter gehalten ist, eben nur geeignete Personen damit zu beauftragen, daß er diese erforderlichenfalls in angemessener Weise instruiren, von ihnen über die ihm wichtig erscheinenden, aus den Acten des

---

[118]) Daß aber der Richter gerade in der Nichtbeobachtung und dem Durcheinanderwerfen der von den Parteien in den Artikeln und Interrog. eingehaltenen Ordnung ein Mittel zu erblicken habe, um Unwahrscheinlichkeiten in den Aussagen oder etwa vorgefallene Bestechung der Zeugen u. dgl. zu entdecken, wie Bonaguida l. c. p. 8. tit. 7. S. 290, Durantis l. c. § 7. Nr. 3, J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34. S. 195. 196. besonders hervorheben, das läuft wol mehr auf eine gewisse Pfiffigkeit, als auf ein vernünftiges Postulat hinaus. Vgl. auch Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 912 u. ff; Rockinger l. c. S. 675—678.

[119]) S. hierüber vorzugsw. Durantis l. c. § 7. Nr. 8—11 u. nach ihm J. Urbach l. c. p. 2. c. 34. S. 196—200. Vgl. dazu die Acten bei Schaumann l. c. S. 38 u. ff.; Hermann: Die Acten eines schftl. Proc. aus den J. 1340 u. 1341. (Jena 1871.). S. 17 u. ff. 35 u. ff.

[120]) c. 3. X. de fidejuss. (3. 22.). Vgl. dazu bes. Durantis l. c. § 8. Nr. 23 i. f., § 7. Nr. 5; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 34. S. 191.

Zeugenverhörs nicht ersichtlichen Punkte Bericht verlangen kann, und daß auch die Parteien, in deren Gegenwart die Committirung zu erfolgen hat, in der Lage sind, ihre Bedenken gegen die Eignung der mit dem Verhöre zu betrauenden Person geltendzumachen. Ein genügender Ersatz für die persönliche Intervention des erkennenden Richters beim Verhöre kann aber selbstverständlich in all dem nicht gefunden werden. Mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der erörterten richterlichen Obliegenheiten bei der Zeugenvernehmung ist es aber auch dem Producten gestattet, außer der Einbringung seiner Interrogatorien einen eigenen Interrogator zu bestellen und die Zuziehung desselben zum Verhöre zu verlangen. Diese jedesfalls nur aus der Praxis hervorgegangene Einrichtung muß wenigstens schon im 15. Jahrhunderte bei den geistlichen Gerichten eine ganz allgemeine gewesen sein; denn in den unter Nr. 10, 11 und 14 der Beilagen hier mitgeteilten Gerichtsacten der patriarchalischen Curie von Aquileja aus den Jahren 1448 und 1449 wird die Bestellung und Zuziehung eines solchen Interrogators als eine so geläufige, selbstverständliche Sache angeführt und behandelt, daß das wol weder als eine neue, noch als eine eigentümliche Institution dieses besonderen Gerichtes betrachtet werden kann [121]). Was dieser Interrogator beim Zeugenverhöre zu thun hatte, darüber ist in den erwähnten Acten gar keine Auskunft gegeben. Aus der Benennung, sowie aus dem Umstande, daß der Interrogator auch anstatt der Einbringung von Interrogatorien bestellt wird (Nr. 11 der Beil.) und es in Nr. 14 bei Bestellung und Zulassung zweier Interrogatoren ausdrücklich heißt: „**quod si unus dictorum interrogatorum uacare non posset, alter interroget,**“ ist zu schließen, daß es seine Aufgabe ist, beim Verhöre die im Interesse des Producten notwendig erscheinende Fragestellung an den Zeugen, wenn nicht ganz an Stelle des Richters zu übernehmen, so doch zur Unterstützung desselben vermöge seiner genaueren Information über die Sache und der ihm schon nach seiner Provenienz zufallenden Wahrung des Parteistandpunktes des Producten zu fördern, in Ermangelung früher eingebrachter Interrogatorien solche im entsprechenden Zeitpunkte zu stellen, aber auch beim Vorhandensein derselben dafür zu sorgen, daß nicht bloß dasjenige, was in diesen vor der Aussage festzustellenden Fragen enthalten ist, sondern auch über solche Punkte gefragt und ausgesagt werde, welche sich gerade erst in Folge der Aussage des Zeugen als der Aufklärung im Interesse des Producten bedürftig herausstellen würden und bei

---

[121]) Da in den sämmtlichen angeführten Fällen, auch in Nr. 42 das Zeugenverhör dem schriftführenden Notar committirt ist, so läge es nahe, anzunehmen, daß ein solcher Interrogator resp. Notar nur dann zulässig war, wenn das Verhör committirt wurde, nicht aber dann, wenn der Richter selbst es vornahm. Allein das Zeugenverhör wird eben in allen unter II. Nr. 4—44 mitgeteilten Acten immer committirt, es kann daher daraus, daß es auch in den bezeichneten Fällen Nr. 10. 11 u. 14 committirt erscheint, kein derartiger Schluß gezogen werden und außerdem wird in Nr. 10 von der Partei der Interrogator bestellt, bevor noch feststeht, ob das Verhör wird committirt werden.

Feststellung der vorgelegten Interrogatorien gar nicht vorhergesehen werden konnten oder wurden. Dagegen ist jedoch zu erwägen, daß in allen Fällen, in denen der Interrogator in obigen Acten angeführt wird, nicht der ohnedieß schon für den Producten bestellte und da auch intervenirende Vertreter, der als juris doctor zu der bezeichneten Function doch entschieden am Besten geeignet gewesen wäre und die Partei im ganzen Processe vertritt, sondern immer ein Notar als Interrogator bestellt und auch vom Vertreter des Producenten selbst vorgeschlagen wird, und daß sich dafür kaum ein auch nur einigermaßen befriedigender Erklärungsgrund finden läßt, wenn die Function des Interrogators bei der Zeugenvernehmung wirklich die eben angegebene gewesen wäre. Denn der Notar war doch auch im 15. Jahrh. kein Organ der Parteienvertretung, worauf jene Stellung des Interrogators im Wesentlichen hinauslaufen würde, sondern vorzugsweise ein Organ der Beglaubigung. Dieß drängt wieder zu dem Schluße, daß der Interrogator nicht eine derart eingreifende, active, sondern mehr eine passive Stellung beim Verhöre, also die Aufgabe hatte, die Verwendung der eingebrachten Interrogatoria, sowie überhaupt die weitere Befragung des Zeugen durch den Richter über die auf die Artikel abgegebene Aussage in Ermangelung von Interrogatorien oder über dieselben hinaus zu beobachten und sammt allen von dem Zeugen gemachten Aussagen zu dem Zwecke schriftlich festzustellen, um einerseits die Richtigkeit der vom Richter besorgten Aufzeichnungen zu erproben und andererseits dem Producten verläßliches Material für die ihm nach Publication der Aussagen zustehenden Einwendungen gegen dieselben zu liefern. Dazu ist weiter wol zu beachten, daß in den späteren Gerichtsacten der nemlichen patriarchalischen Curie aus den Jahren 1492—1494 trotz der vielen die Führung des Zeugenbeweises betreffenden Stellen (s. Beil. Nr. 18—43) auch nicht ein einziges Mal ein solcher Interrogator mehr erwähnt, wol aber in Nr. 42 aus dem Jahre 1492 ein mit der Vorname des Zeugenverhörs beauftragter cancellarius communitatis insbesondere darauf aufmerksam gemacht wird, daß der Product „si noluerit dare notarium, qui scribat in consonantiam, illum possit dare.“ Aus all diesem scheint mir nun hervorzugehen, daß es wenigstens schon Anfangs des 15. Jahrh. dem Producten im canon. Processe zustand, die Beiziehung eines von ihm bestellten Notars zum Zeugenverhöre zu verlangen, daß der letztere dabei ursprünglich allerdings die zuerst erwähnte, in die Leitung und Vorname des Verhörs wesentlich eingreifende, die Thätigkeit des Richters dabei corrigirende und supplirende Function hatte, daß aber diese Stellung des beigezogenen Notars wahrscheinlich als der Autorität des Richters denn doch zu nahe tretend und wegen mancherlei Collisionen oder sonstigen Mißständen, welche bei der practischen Gebahrung auch nicht ausgeblieben sein dürften, auf dem nemlichen Wege, in welchem es überhaupt zu solcher Intervention beim Verhöre gekommen war, zur Bedeutung einer bloßen Controle des richterlichen Verhaltens und insbesondere der schriftlichen Fixirung der Aussagen allmälig herabgedrückt wurde und daß sonach schon Ende des

15. Jahrh. in der That das „scribere in consonantiam“ die Aufgabe eines solchen Notars im Wesentlichen erschöpfte, für welchen dann aber auch die Bezeichnung Interrogator gar nicht mehr anwendbar war. Daß nur dem Producten diese Beiziehung eines Notars gestattet war, findet darin seine ganz natürliche Erklärung, daß nicht der Producent, wol aber der Product ein sehr lebhaftes Interesse daran hat, daß es der Richter nicht bei der einfachen Aussage auf die Artikel bewenden lasse, sondern durch eingehendere, der erst beim Verhöre selbst sich ergebenden Situation angepaßte Befragung die Beweiskraft der Aussagen über die Artikel auf das richtige Maß reducire, und daß es somit, wenn überhaupt eine Unterstützung des Richters bei Vorname des Zeugenverhörs als wünschenswert oder zulässig erachtet wird, einer solchen in der That nur für den erwähnten schwierigeren Teil seiner Thätigkeit, der eben im Interesse des Producten liegt, bedarf. Ebenso natürlich und erklärlich aber wäre es, wenn die Entwicklung, in Folge welcher die Stellung des zum Verhöre zugezogenen Notars auf die Bedeutung einer bloßen Controle des Richters, resp. desjenigen, der eben das Verhör vornimmt, reducirt wurde, sodann auch dazu geführt hätte, daß nunmehr beiden Parteien gestattet würde, die Beiziehung eines Notars zu verlangen. Denn der Ueberzeugung, daß eine derartige Controle des Richters ebenso sehr im Interesse des Producenten, wie des Producten liegt und daß man dieselbe, *wenn* sie eben dem letzteren gewährt wird, bei dem Gebote gleicher Behandlung beider Parteien im Processe dem ersteren nicht verweigern kann, wird man sich auf die Dauer sicherlich nicht haben verschließen können und diese mußte dann wol, wenn die Beiziehung des Notars überhaupt beibehalten wurde, zur Einräumung dieser Befugniß an beide Parteien drängen [122]). Im gemeinen deutschen Civilprocesse ist es dazu in der That gekommen [123]) und es ist nach dem Gesagten wol mehr als wahrscheinlich, daß auch hierin die deutschen Reichsgesetze [124]), welche die Zuziehung beiden Parteien ausdrücklich gestatten, eine im canon. Processe schon vorgefundene Institution nur aufgenommen und ausgedrückt haben.

---

[122]) In der That berichtet *Scaccia* l. c. lib. II, cap. 8. Nr. 925, daß nach dem stylus Urbis (d. i. curiae Romanae) — „quod de eis nihil est expressum in jure“ — beide Parteien die Zuziehung sog. „interpretes“ zum Verhöre verlangen konnten. Dieser interpres war zu beeiden „de fideliter interpretando“ und „universo examini assistat, studendo pluribus: et primo, ut notarius scribat fideliter ea omnia, quae testis ad sui principalis favorem deponet; secundo, ut non omittatur quicquam ex iis, super quibus testis ad favorem sui principalis debet interrogari seu examinari; tertio, ut suppleat interrogatoria opportuna . . . .; adde quartum, ut suo principali possit testificata referre.“ Daß bei diesen interpretes noch der Charakter der Parteienvertreter, die aber hier doch für beide Parteien zulässig sind, hervortritt, fällt von selbst auf.

[123]) S. *Glaproth* Einleitung i. d. ordtl. bgl. Proc. (Göttingen. 1817.). II. § 258; *Schmid* l. c. II. § 137. 138; *Bayer* l. c. S. 946; *Wetzell* l. c. S. 190; *Langenbeck* l. c. S. 518; *Renaud* l. c. § 211.

[124]) R. D. A. v. 1600. § 129. 130. J. R. A. § 52.

Nach Beendigung des Verhöres der sämmtlichen producirten Zeugen ist auf Betrieb der Parteien zur Eröffnung der Aussagen (publicatio attestationum) zu schreiten. Eine officielle Mitteilung des Richters, daß das Verhör beendet ist, findet nicht statt [125]), sondern es ist Sache der Parteien, nach Ablauf eines für die Vorname des Verhörs unter den Umständen des concreten Falles als hinreichend erscheinenden Zeitraumes nach der Production, resp. Beeidigung der Zeugen das Begehren um Publication der Aussagen zu stellen, u. z. ist hiezu der Product ebenso, wie der Producent berechtigt. Mit Rücksicht auf die sogleich zu erörternden Wirkungen der Publication muß jedoch der Producent, wenn er nicht etwa die überhaupt zulässige Zal von Zeugenproductionen schon erschöpft hat und daher aus diesem Grunde mit weiterer Zeugenführung ausgeschlossen ist, vor Stellung dieses Begehrens darüber schlüssig sein, daß er für das vorliegende Beweisthema keine Zeugen mehr verwenden kann oder will und ebenso muß sich auch der Product, bevor er dieses Begehren stellt oder demselben zustimmt, darüber entschieden haben, daß er einen directen Gegenbeweis entweder gar nicht zu führen oder doch nicht Zeugen dazu zu verwenden gedenkt, denn nach der Publication ist das eben nicht mehr zulässig. Sind bei Stellung des Begehrens schon beide Teile anwesend und einverstanden, so kann sofort zur Publication geschritten werden, ist dieß nicht der Fall, so hat der Richter einen terminus ad publicandum testes zu bestimmen, beide Parteien dafür zu laden und in demselben, wenn vom Gegner des Antragstellers kein gegründeter Widerspruch erhoben wird, die Publication vorzunehmen. Zu diesem Behufe werden die die Zeugenaussagen enthaltenden Acten, welche, wenn sie von einem requirirten Richter eingesendet werden, versiegelt sein müssen [126]), eröffnet, von dem actuirenden Notar entweder wirklich vorgelesen, oder es wird nach Befinden des Richters diese Verlesung, welche ohnedieß nur für den seltenen Fall, daß der Product mit seinen Einwendungen sofort aufzutreten bereit wäre, Bedeutung hat, als geschehen betrachtet, den Parteien auf ihr Begehren Ab-

---

[125]) Engel Jus canon. (Vindob. 1761). II. 20. § 4. Nr. 47, Schmalzgrueber l. c. p. 3. tit. 20. § 4. Nr. 116 und die da Citirten behaupten zwar: „Postquam examen singulorum testium absolutum est, id de jure partibus judex significat interrogando, an“ etc.; allein es fehlt dafür an jedweder Begründung. Dagegen betonen schon Durantis l. c. § 8. pr. u. J. Urbach l. c. p. 2. cap. 35. pr. ausdrücklich (partes . . . postulent attestationes publicari) das Begehren der Parteien u. in Gerichtsacten (vgl. Beilagen Nr. 15–20, 23, 24, 25, 28, 29, 31, 35, 38) ist von einer amtlichen Mitteilung oder Aufforderung des Richters keine Spur zu finden, sondern stets die Initiative durch das Begehren der Parteien ergriffen. Vgl. auch c. 80. X. h. t. (2. 20.). Die Bemerkung der dem Joan. Andreae zugeschr. Summula de proc. jud. (ed. Wunderlich. Basil. 1840). cap. 9. § 6: „Dictis testium perscriptis judex debet praefigere diem partibus ad publicanda, id est ad manifestanda dicta testium“ ist bei der gedrängten Kürze dieser kleinen Schrift nicht notwendig im Sinne der richterlichen Initiative aufzufassen.

[126]) c. 37. X. h. t. (2. 20.) in parte decisa; c. 53. X. eod; c. 3. X. de fidejuss. (3. 22.).

schrift derselben erteilt[127]) und ein Termin für Einbringung der dem Producten zustehenden Einwendungen gegen die Personen und Aussagen der vernommenen Zeugen, soweit er mit ersteren nicht nach dem oben Gesagten ausgeschlossen ist, (terminus ad opponendum contra personas et contra dicta testium) bestimmt, für welchen zugleich beide Teile geladen werden[128]). Die Wirkung des Publicationsactes ist, daß darnach für das nemliche Beweisthema oder dessen directen Gegensatz keine Zeugen mehr producirt werden dürfen[129]). Diese Wirkung betrifft sonach nicht bloß den Producenten der Zeugen, deren Aussagen publicirt wurden, sondern auch den Producten, insoferne er den directen Gegenbeweis durch Zeugen zu führen gedachte, sie schließt aber keineswegs jedwede weitere Beweisführung durch dieselben oder durch andere Zeugen in dem nemlichen Processe aus. Denn einerseits kann sich der Producent auch darnach noch durch Heranziehung neuen thatsächlichen Materials, durch neuerliches Poniren, wie ihm dieß im canon. Processe bis zur conclusio in causa ohneweiters freisteht[130]), ein neues Beweisthema und damit auch die Berechtigung zu abermaligen Zeugenproductionen in dem gleichen Umfange, wie im ersten Falle schaffen[131]) und andererseits ist der Product im Gebrauche von Zeugen zur Führung eines indirecten Gegenbeweises[132]), zu Beweisführungen über seine Exceptionen und

---

[127]) Bezüglich der Anfertigung der Abschriften bemerkt noch Pillius l. c. p. 3. § 11 i. f.: „. . . et (judices) partibus ad exemplandum tribuunt (sc. testium depositiones) per advocatos vel per fideles tabelliones.“ Doch nach c. 11. X. de prob. (2. 19.) konnte kein Zweifel sein, daß die Anfertigung dieser Abschriften Sache des Gerichtes ist, wie auch schon Bonaguida l. c. p. 3. tit. 9. S. 301 erklärt: „. . . debet potere advocatus copiam sibi fieri, quam judex sibi dare tenetur“ u. J. Urbach l. c. p. 2. cap. 36. S. 207 mit Berufung auf c. 11. X. cit. bemerkt: „quia copiam facere tenetur judex.“

[128]) Vgl. Joan. Andreae l. c. cap. 9 § 6 u. ff.; Gratia l. c. p. 2. tit. 6. § 3; Durantis l. c. § 8. pr. Nr. 1—3. § 9. pr. Nr. 1—3; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 35; Rockinger l. c. Bd. 9 S. 678.

[129]) c. 17. 18. 19. 25. 29. 35. 38. 42. 46. 48. 53. X. h. t. (2. 20.); c. 2. in Clem. h. t. (de testibus. 2. 8.). Die letzte Stelle gibt Umfang und Grund der Bestimmung kurz an: „Testibus rite receptis et eorum attestationibus publicatis sicut non licet super eisdem vel directo contrariis articulis alios vel eosdem testes in principali causa producere, sic non debet in appellationis causa licere; quum non minus in appellationibus, quam in principali causa subornatio sit timenda.“

[130]) S. 1. Teil. S. 72. 73. 114. 115. u. oben S. 145. 146.

[131]) Mit Rücksicht darauf könnte allerdings bemerkt werden, was Durantis l. c. § 3. Nr. 8 sagt: „Sed antequam productioni testium, quod dicitur quarta productio, exempli gratia dicitur; potest enim millesimam productionem habere, ex quo non renuntiavit et sibi existimat expedire secundum Vinc.“ Vgl. zu dem Folgenden die Ausnahmen bei Durantis l. c. § 8. Nr. 3 u. ff.

[132]) S. dagegen Damasus l. c. tit. 73, der gegen die Vertreter dieser Ansicht bemerkt: „Sed certe periculosissime decipiuntur“ und zu dem Schlusse kommt: „ergo post publicationem testium actoris aufertur ei (i. e. reo) potestas probandi negativam indirecta.“ Allein, daß der dafür gegebene Grund, daß „reus non poterit testes producere, nisi super probatione negativae indirecta, quia directe causam probare non posset“ und daß deshalb da doch „publicatio testium ab actore productorum aufert potestatem producendi testes

über Umstände, durch welche die Beweiskraft der vom Producenten gebrauchten Zeugen oder sonstigen Beweismittel ausgeschlossen oder herabgedrückt wird, dadurch gar nicht beschränkt, weil dieß eben Fragen sind, welche von dem durch die publicirten Aussagen zu erhärtenden Beweisthema gänzlich verschieden sind. Die erwähnte Wirkung ist durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen festgesetzt und gründet sich, wie schon früher hervorgehoben wurde, auf das Streben, die übermäßige Häufung von Zeugenproductionen zur Erhärtung des nemlichen Beweisthema's hintanzuhalten, es bedarf daher, um diese Wirkung herbeizuführen oder vielmehr zu begründen, auch keines Verzichtes der Parteien, von deren Willen dieselbe ja unabhängig ist. Anders dagegen verhält es sich mit denjenigen Zeugenführungen, welche dem Gesagten zufolge auch nach der Publication der Aussagen für den Producenten sowol, als für den Producten noch zulässig sind. Diese hängen allerdings von dem Willen der Partei ab und können daher nur durch Verzicht derselben ausgeschlossen werden, so daß also, um jedweden weiteren Gebrauch von Zeugen in dem nemlichen Processe auszuschließen, der Verzicht beider Parteien allerdings notwendig, aber auch hinreichend ist[133]). Daß jedoch ein solcher Verzicht nicht bloß vor Publication der Aussagen, sondern auch darnach vollkommen wirksam erklärt werden kann und daß sich diese

---

reo" dem Producten auch die Production von Zeugen für den indirecten Gegenbeweis entzogen sein muß, ganz unstichhältig ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.

[133]) c. 18. 25. X. cit. (2. 20.). Wenn daher die älteren Processualisten fast durchgehends (s. Tancredus l. c. p. 3. tit. 10; Gratia l. c. p. 2. tit. 6. § 3. pr.; Durantis l. c. § 8 pr. § 14. pr.; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 35. i. f.) in Erörterung des Verfahrens bei der publicatio attest. ein Gewicht darauf legen, daß die judices vorher „faciant renuntiari productioni testium" (oder „partes debent renuntiare testium productioni"), so kann einerseits diese renuntiatio nur auf dasjenige bezogen werden, was derselben unterliegt, also nicht auf die durch die Gesetze schon ausgeschlossenen neuen Zeugenproductionen über dasselbe Beweisthema, rücksichtlich welcher dieser Act nur die Bedeutung einer Vergewisserung darüber haben könnte, daß sich die Partei der gesetzlichen Wirkung der vorzunehmenden Publication bewußt ist. Andererseits ist das aber auch nicht so aufzufassen, als ob der Richter die Parteien vor der Publication in der That zwingen könnte, auf die ihnen gesetzlich auch nach der Publ. noch zustehende neuerliche Zeugenverwendung zu verzichten und als ob nach der Publication ein solcher Verzicht nicht mehr statthaft wäre, wie sich wol aus dem Zusammenhange jener Darstellung ergibt. Der Richter kann dießfalls nur insoferne eingreifen, als er die Geneigtheit der Parteien zu solchem Verzichte anregen und feststellen und dann, wenn er nach Gestalt des concreten Falles in der Anwendung gesetzlich zulässiger weiterer Zeugenproductionen bloß ein Mittel zu mutwilliger Verschleppung des Processes erkennt, vermöge seiner discretionären Gewalt auf einen derartigen Verzicht etwa dadurch hinwirken kann, daß er sonst die ihm gesetzlich zustehende Einstellung derartig chicanösen Vorgehens der Parteien in Aussicht stellt. Eine weiter gehende, allgemeine und immer schon vor Publ. der Aussagen zu setzende Einwirkung des Richters auf solche Verzichtleistung der Parteien liegt im Sinne jener Processualisten sicher nicht. Es will mit ihrer dießfälligen Bemerkung nur gesagt sein, daß der Richter im Interesse eines förderlichen, geordneten Processbetriebes den ihm dießfalls überhaupt zustehenden Einfluß am Zweckmäßigsten gleich vor der Publication der Aussagen geltendmache, damit wenigstens die mit Zeugen zulässige Beweisführung durch diese Publication und die ihr folgenden Acte für den ganzen Proceß zum Abschluße komme.

renuntiatio productioni testium eben nur auf Zeugen bezieht und nicht auf den späteren Gebrauch anderer Beweismittel auszudehnen, der renuntiatio probationibus, zu der es ja auch kommen kann, nicht gleichzustellen ist, versteht sich von selbst [134]). Eine neuerliche Vernehmung der bereits abgehörten Zeugen ist übrigens ohneweiters zulässig, wenn sich gerade aus den publicirten Aussagen erst ergibt, daß das Verhör in ungesetzlicher Weise oder unvollständig vorgenommen, z. B. wesentliche Artikel oder Interrogatorien grundlos übergangen, die Zeugen von dem Vernehmenden rechtswidrig beeinflußt wurden u. dgl., oder daß die Aussagen unverständlich, verworren, zweideutig lauten, oder Irrtümer beim Verhöre unterlaufen sind [135]). Zum Behufe solcher Correctur, Vervollständigung oder Aufklärung des Verhörs und seiner Resultate kann die neuerliche Vernehmung nicht bloß auf Antrag der Partei, worüber natürlich der Gegner zu hören und vom Richter zu entscheiden ist, sondern auch vom Richter von Amtswegen verfügt werden, wenn er aus eigener Wahrnehmung hiezu Anlaß findet. Denn dieß fällt unter den Gesichtspunkt eines Nachtrages der amtlichen Thätigkeit, welche dem Richter schon beim Verhöre selbst oblag und steht mit der erörterten Wirkung der Publication der Aussagen in keiner Verbindung. Der Natur des Civilprocesses gemäß kann durch Einverständniß der Parteien die gesetzliche Wirkung der Publication der Aussagen verschieden modificirt und darnach auch zur Vorname des Publicationsactes unter dem Vorbehalte geschritten werden, daß dieß der späteren Vernehmung genau bestimmter, etwa bereits producirter Zeugen über das gleiche Beweisthema oder der Beweisführung über bereits vorgebrachte Artikel (soweit dafür auch Zeugen zu verwenden wären) nicht hinderlich sein solle, wie dieß in der Praxis mit Rücksicht auf dazu drängende oder doch genügend motivirende Umstände des concreten Falles nicht selten vorkam [136]). Der Richter hat jedoch zweifelsohne auch da von seiner discretionären Gewalt Gebrauch zu machen, wenn er erkennt, daß dieß auf offenbaren Mißbrauch vielleicht nicht so sehr von Seite der Parteien selbst, als von Seite ihrer Vertreter hinausläuft.

Auf Grund der erlangten Abschriften von den Zeugenaussagen hat sodann der Product seine Einwendungen, welche er gegen die Person der Zeugen, gegen die Art und den Inhalt der Aussagen machen zu können glaubt, in dem vom Richter hiezu bestimmten Termine entweder schriftlich vorzubringen oder mündlich auszuführen. Die in persönlicher Richtung zu erhebenden Einwendungen müssen, wie schon früher gesagt wurde, durch rechtzeitige Protestation vorbehalten sein,

---

[134]) Sowie Gratia l. c., so hält es auch Durantis l. c. § 14. Nr. 2 u. f. noch für nötig, die Partei zur Vorsicht zu mahnen, daß sie diese renuntiatio productioni testium nicht gegen ihre Intention in eine renuntiatio omnibus probationibus verwandle und daß sie auch bei ersterer das Verhalten ihres Gegners in Erwägung ziehe.

[135]) c. 48. 53. X. h. t. (2. 20.). Ebenso, wenn die aufgenommenen Aussagen ganz verloren gegangen sind: c. 15 X. de probat. (2. 19.). Vgl. dazu Beil. Nr. 20. 39. 43.

[136]) S. Beil. Nr. 16. 35.

sonst können sie nur gegen Leistung des speciellen Calumnieneides oder des Nachweises, daß Product erst nach Publication der Aussagen zur Kenntniß derselben gelangte, vorgebracht werden. Eine etwaige Ergänzung früher bereits ausgeführter Einwendungen dieser Art, wozu gerade das Verhör erst Stoff und Anlaß bieten kann, wäre nur unter der gleichen Voraussetzung zulässig. Ueber die Einwendungen des Producten, welche, wenn schriftlich eingebracht, dem Gegner in Abschrift mitgeteilt werden müssen, ist der Producent mit seinen schriftlichen oder mündlichen Erklärungen sofort oder unter entsprechender Terminbestimmung zu hören, wornach das Wort wieder an den Producten fällt. Eine feste Grenze für die so sich entwickelnde Erörterung ist nicht gesetzt, in Ermangelung eigener Beschränkung der Parteien hat der Richter kraft seines Proceßleitungsamtes die Grenze zu ziehen[137]). Selbstverständlich kann der Product schon auf jedwede Einwendung verzichten und sofort nach der Publication der Aussagen den Fortgang des Verfahrens (expeditio causae), resp. conclusio in causa beantragen und es läßt sich nicht behaupten, daß der Producent auch in diesem Falle das Recht hat, jetzt wenigstens seinerseits die Resultate des aufgenommenen Zeugenbeweises festzustellen und die dadurch für den ihm obliegenden Beweis gelieferten Gründe auszuführen; denn das maßgebende c. 15. X. h. t. (2. 20.) bestimmt eben nur: „. . . publice potest disputari“ und von einem disputare kann in solchem Falle natürlich ebenso wenig die Rede sein, als darüber ein Zweifel entstehen kann, wer in der hier, nach der publicatio attestationum stattfindenden Verhandlung „super dictis testium“ zuerst das Wort hat[138]). Doch nach dem allgemeinen Charakter, welchen die allegationes et disputationes, in denen immer dem Kläger zuerst das Wort zusteht, schon nach der Darstellung der ordines judiciarii hatten, und gemäß welchem sie von den hieher gehörigen, auf die dicta testium beschränkten Erörterungen wol zu unterscheiden sind, unterliegt es keinem Zweifel, daß in dem genannten Falle der Producent dann seinerzeit bei den am Schluße des ganzen Verfahrens stattfindenden allegationes jene Ausführungen unverkürzt vorbringen kann, wärend

---

[137]) S. Verhandlungen dieser Art bei Hermann l. c. S. 33. 40 u. ff. u. hier Beil. Nr. 18. 25. 33. Bonaguida l. c. p. 3. tit. 10.

[138]) Im gemeinen Civilprocesse sind Salvations- und Impugnationsschrift von einander unabhängig; nach der herrschenden Lehre hat letztere die erste Stelle (s. Linde l. c. § 271; Heffter l. c. § 395; Schmid l. c. II. § 141; Bayer l. c. § 282; Langenbeck l. c. S. 547; Wetzell l. c. S. 896; Renaud l. c. § 218), doch hat nach einzelnen Autoren (s. Claproth l. c. II. § 290 u. ff.; Martin l. c. § 185 i. f.; Schneider l. c. § 546; Osterloh l. c. II. § 299.) das Hauptverfahren mit der Salvations- oder Deductionsschrift zu beginnen und dieß ist particularrechtlich, z. B. in der österr. a. G. O. § 172. 173 (s. dazu Pratobevera l. c. Bd. 7. S. 334 u. ff.) sogar ausdrücklich angeordnet. Es dürfte nicht zu gewagt sein, zu behaupten, daß die Unabhängigkeit von Salvations- und Impugnationsschrift, sowie die Ansicht, daß mit ersterer zu beginnen sei, wol aus einer Vermengung der allegationes mit der durch die exceptiones, resp oppositiones contra pers. et dicta testium veranlaßten Verhandlung im alten canon. Proc entstanden sei.

der Product mit Einwendungen gegen Person und Aussagen dieser Zeugen ebenda ausgeschlossen ist und daß somit, wenn der Product nach solchem Verzichte das Begehren um conclusio in causa stellt, der damit einverstandene Producent bloß Termin für die allegationes zu begehren braucht, um in denselben die aus den publicirten Aussagen sich ergebenden Gründe für sein Beweisthema ausführen zu können.

Den Gegenstand der durch die Einwendungen des Producten eröffneten Verhandlung bildet die Frage, inwieweit durch die eben vorliegenden Zeugenaussagen ein Beweis überhaupt geliefert werden könne und der vom Producenten im concreten Falle insbesondere intendirte Beweis hergestellt sei und die Erörterung wird geführt auf der einen Seite durch Hervorhebung und Ausführung all der Momente, welche nach der Natur der Sache und nach den gesetzlichen Bestimmungen die Beweiskraft der Aussagen ausschließen oder herabdrücken, auf der andern Seite durch Widerlegung dessen und Darlegung all der Gründe, welche durch die Aussagen für den unternommenen Beweis wirklich geliefert sind. Werden hiebei Thatsachen vorgebracht, welche sich nicht schon aus den aufgenommenen Acten selbst ergeben, so bedürfen sie, wie jede andere im Processe relevante Thatsache des Beweises und daß hiefür wieder Zeugen verwendet werden können, versteht sich von selbst. Doch hat das canon. Recht hierin eine feste Grenze gesetzt, indem es wol dem Producenten noch gestattet, wider diejenigen Zeugen, welche der Product behufs Reprobration (d. i. Nachweises von Umständen, welche die Glaubwürdigkeit derselben ausschließen oder verringern) der abgehörten Zeugen (als **testes reprobatorii probatoriorum**) geführt hat, abermals Zeugen zum Nachweise der erwähnten Umstände (als **testes reprobatorii reprobatoriorum**) zu verwenden, jede weitere zu ähnlichem Zwecke beabsichtigte Zeugen-, ja Beweisführung aber ausschließt [139]). Daß es sich für eine gründliche und erschöpfende Erörterung der genannten Frage empfiehlt, die im Zeugenverhörsprotocolle eben nur in der Reihenfolge, wie die Zeugen wirklich vernommen wurden und wie sie einzeln ausgesagt haben, verzeichneten Aussagen in sachgemäßer, übersichtlicher Weise zu ordnen, die zusammengehörigen auch zusammenzustellen und mit den betreffenden Artikeln, resp. Interrogatorien zu verbinden u. dgl., bedarf gar keiner weiteren Begründung und in Würdigung dessen hatte sich schon sehr früh bei der römischen Curie die Uebung gebildet, daß die Vertreter der Parteien derartig übersichtliche und ordnende Zusammenstellungen aus den Verhörsprotocollen nach Maßgabe ihres Parteistandpunktes verfaßten und ihren dieß-

---

[139]) „Ne, si producendi quartos contra tertios et sic deinceps partibus licentia tribuatur, negotium diutius protelari contingat." c. 49. X. h. t. (2. 20.) cf. c. 2. de test. in VI^to. (2. 10.). Die Glosse ad c. 49. X. cit. v. „quos" bringt dieß in unbegründeter Weise mit den oben erörterten tres resp. quatuor productiones testium in Verbindung. Vgl. Durantis l. c. § 10. Nr. 5 und die additio v. Joannes Andreae daselbst Note g; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 36. S. 209, der den Vers anführt: „In testem testis et in hunc, sed non datur ultra."

fälligen Deductionen zu Grunde legten[140]). Dieselben wurden **rubricae** genannt und nach eben dieser Uebung vom Richter zu seiner Erleichterung auf Kosten der Parteien eigens bestellten Examinatoren zur Prüfung überwiesen, welche daraus ein förmliches Geschäft machten und reichlichen Erwerb fanden. Die Doctrin war sofort bei der Hand, diese Uebung geradezu mit Rechtskraft auszustatten[141]) und so sind diese Rubriken wenigstens in Italien[142]) zur allgemeinen Institution im canon. Processe geworden. Allein schon zur Zeit des Durantis scheint die practische Erfahrung ergeben zu haben, daß die Vertreter der Parteien, um ihrem Parteistandpunkte zu dienen, die Verfassung dieser Rubriken mißbrauchten, um die wahren Ergebnisse des abgeführten Zeugenbeweises zu verdrehen oder zu verdunkeln; daher wurde damals schon von einzelnen Richtern sofort die Abfassung dieser Rubriken den ursprünglich nur zu deren Prüfung verwendeten Examinatoren übertragen, so daß dieselben da nicht mehr als ein Parteiact, sondern als ein von dem Richter, resp. in seinem Auftrage angelegter Act, ähnlich wie das Verhörsprotocoll selbst erscheinen. Dieser Charakter der Rubriken entspricht auch weit mehr dem Wesen der Frage, deren Erörterung sie dienen sollen. Die ganze Frage ist eine solche, welche sich der Richter seinem amtlichen Berufe gemäß jedesfalls auch dann klar machen muß, wenn die Parteien von ihrem dießbezüglichen Deductionsrechte keinen Gebrauch machen und wofür er sich daher auch solche Behelfe, wie sie in der Sichtung und Ordnung des vorgelegten Beweismateriales liegen, selbst schaffen muß. Darnach dürfte denn auch schon im canon. Processe die letztere Uebung die Oberhand gewonnen haben und die Anfertigung eines die aufgenommenen Zeugenaussagen behufs Würdigung des Resultates der Beweisführung und der darauf bezüglichen Parteideductionen sichtenden und ordnenden Actes allgemein zur Sache des Richters geworden sein, so daß auch hier die deutschen Reichsgesetze (namentlich J. R. A. § 52) in den den Zeugenrotulus betreffenden Bestimmungen nur ein im canon. Processe durch die Praxis[143]) längst ausgebildetes Institut näher bestimmten und ausführten.

---

[140]) S. Bonaguida l. c. p. 3. tit. 9; Durantis l. c. § 9. Nr. 3 u. ff. Als Grund wird hervorgehoben: „ut tam ipsi (advocati), quam judices et assessores leviori via perveniant ad indaginem veritatis."

[141]) Bonaguida l. c. bemerkt sofort bei Beginn der Darstellung über die rubricae: „Attendo, quod consuetudo longo tempore in causis obtenta (er scheint sonach diese Uebung als zu seiner Zeit schon sehr lange bestehend angesehen zu haben) et parificatur legi et interdum vincit legem . . . et pro lege servatur, ubi lex deficit . . . Considero secundo, quod illa consuetudo, quam Romana servat ecclesia, ab omnibus inviolabiliter debet observari" etc. Aehnlich Durantis l. c.

[142]) S. J. Urbach l. c. p. 2. cap. 36. S. 212. 213. Derselbe bemerkt: „Unde advertendum, quod habita copia attestationum advocati partium in aliquibus partibus faciunt rubricas" und fügt sodann hinzu: „Istae tamen rubricae raro fiunt hic in partibus" (offenbar in Deutschland).

[143]) Wol beruft man sich häufig auf c. 41 u. 43. X. h. t. (2. 20.) s. Glaproth

Der Einfluß dieser Parteiausführungen auf die Entscheidung der Sache hängt ganz ab von dem Werte der Gründe, auf welchen dieselben beruhen. Sind in Entwicklung und Begründung derselben Thatsachen erwiesen worden, welche einen der abgehörten Zeugen, wenn sie bei Production desselben constatirt gewesen wären, schon von der Vernehmung ausgeschlossen hätten, so ist die Aussage desselben als nicht vorhanden anzusehen[144]. Im Uebrigen hat der Richter selbstständig zu prüfen und sind diese Deductionen, soweit sie nicht in der Geltendmachung von Umständen bestehen, welche nach dem im I. Abschn. Cap. 2. Gesagten der Richter nur über Einwendung der Partei zu berücksichtigen hat, für die Würdigung Alles dessen, was durch sie hervorgehoben werden kann, ebenso wenig wesentlich, als die oben erwähnten Rubriken oder der sog. Zeugenrotulus. Mit dem Abschluße derselben ist das zur Führung des intendirten Zeugenbeweises erforderliche Verfahren beendigt und über weiteres Begehren der Parteien entweder zur Fortsetzung des Processes (durch anderweitige Beweisführungen oder Vorführung neuer Thatsachen) oder zur conclusio in causa zu schreiten.

Zur gerichtlichen und für den Beweis im Processe bestimmten Vernehmung von Zeugen und Feststellung ihrer Aussagen kann es, wie schon im I. Teile S. 117—119 angedeutet wurde, nach canon. Rechte nicht bloß in dem oben bezeichneten Stadium des Processes selbst und zum Zwecke unmittelbarer Beweisführung in demselben, sondern auch außerhalb des Processes oder wenn derselbe auch noch nicht soweit gediehen ist, u. z. zu dem Zwecke kommen, um der Partei mit Rücksicht auf einen erst künftig zu erhebenden oder den erst in der Einleitung begriffenen Proceß dieses ihr zu Gebote stehende Beweismittel zu sichern. Das canon. Recht erachtet es seiner ganzen Auffassung über die Proceßbehandlung entsprechend als im öffentlichen Interesse gelegen, „ne veritas occultetur et probationis copia fortuitis casibus subtrahatur“ und stellt nach diesem Gesichtspunkte die Mitwirkung des Richters bei allen zu solcher Sicherung geeigneten Beweismitteln zur Verfügung. Die unter Mitwirkung des Richters zulässige Sicherung wird gewonnen durch sofortige Aufname des Beweismittels und Feststellung seines Ergebnisses in absolut beweiskräftiger, bleibender Form und die allgemeine, technische Bezeichnung: Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse (probatio in perpetuam rei memoriam) für diese Thätigkeit ist nicht dadurch gerechtfertigt, daß darin eine wirkliche Beweisführung im eigent-

---

l. c. II. § 285. Note a.; Schmid l. c. II. § 140. Note 4; Bayer l. c. S. 948; Langenbeck l. c. S. 544. Note a; allein, daß in jenen Stellen „von der Anfertigung solcher Uebersichtsurkunden gesprochen“ werde, davon ist doch auch nicht eine Spur zu finden. Die citirten Stellen beziehen sich auf die Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse und die da erwähnte „scriptura publica“ oder „monumenta publica“ sind Nichts weniger, als von den gewönlichen Verhörsprotocollen in Abfassung und Anlage verschiedene Urkunden.

144) c. 7. 18. X. h. t. (2. 20.); c. 1. X. de except. (2. 25.). Vgl. Durantis l. c. § 10. Nr. 1.

lichen Sinne zu erblicken sei[145]), sondern nur insofern, als dieselbe, soweit möglich, in der für die Beweisführung mit dem betreffenden Beweismittel bestimmten Weise und zum Behufe der Benützung dessen bei der seinerzeitigen wirklichen Beweisführung im Processe erfolgt; sie besteht daher bei Zeugen insbesondere in der nach den allgemeinen processualischen Bestimmungen vorzunehmenden Abhörung derselben durch den competenten Richter und Feststellung ihrer Aussagen in der gewönlichen Form des öffentlichen Gerichtsactes. Dem bloßen Belieben des Einzelnen, selbst dem übereinstimmenden Willen beider Teile, welche aus bestimmten Gründen künftig in ein Proceßverhältniß zu einander leicht treten können, ist darnach jedoch die in derartiger Zeugenvernehmung enthaltene Mitwirkung des Richters nicht zur Disposition gestellt, sie kann nach ausdrücklicher Anordnung des canon. Rechts nur statthaben, wenn die Gefahr besteht, daß bestimmte Zeugen demjenigen, welcher vermöge seiner Verhältnisse oder Beziehungen zu Anderen in die Lage kommen kann, sich auf dieselben zum Zwecke des Beweises in einem künftigen Processe berufen zu müssen, bis dahin entgehen und ihm somit die Möglichkeit dieser Beweisführung entzogen werden könnte[146]). Demnach hat die Partei, welche eine Zeugenvernehmung zu solchem Behufe begehrt, in ihrem an den für die seinerzeitige Proceßführung nach den bestehenden Normen competenten Richter[147]) zu stellenden Ansuchen zunächst das Vorhandensein der erwähnten Gefahr darzulegen, und zu zeigen, daß sie sich auch in Verhältnissen befindet, vermöge welcher sie in die Lage einer Proceß- und sohin notwendigen Beweisführung gegen einen Dritten voraussichtlich leicht kommen kann. Das Letztere wird zwar weder im canon. Rechte, noch in der Doctrin[148])

---

[145]) Daher wird auch in neueren Proceßgesetzen der Ausdruck Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse vermieden. S. z. B. österr. Entwurf einer C. P. O. v. J. 1876. § 327 u. ff., sowie die C. P. O. für das deutsche Reich § 447 u. ff.

[146]) c. 5. X. ut lite non cont. (2. 6.); c. 4. X. de confirm. utili v. inut. (2. 30.); cf. c. 1. 2. X. ut lite non cont. (2. 6.); c. 41. 43. X. de test. (2. 20.). Es fällt von selbst auf, daß es Jemandem auch ohne daß eine solche Gefahr besteht, wünschenswert sein kann, sich gewisse Zeugen oder andere Beweismittel zu sichern und darnach ist in neueren Gesetzgebungen z. B. § 450 der C. P. O. für das deutsche Reich die Sicherung des Beweises bei vorhandener Zustimmung des Gegners auch ohne diese Voraussetzung zulässig. Ueber das röm. Recht vgl. die bei Renaud l. c. § 146. Note 2. Citirten. Ueber das Verhältniß des entscheidenden c. 5. X. cit (2. 6.) zur damaligen Doctrin: Wetzell l. c. § 24. Note 32.

[147]) Competenz des Richters ist ein allgemeines Erforderniß der Wirksamkeit der Zeugenaussage, das daher, soweit nicht ausdrückliches Uebereinkommen der Parteien dasselbe ersetzt (s. z. B. Beil. Nr. 12), auch hier vorhanden sein muß. Nur im Notfalle, wenn unmittelbar drohende Gefahr den Verzug, welchen das Angehen des competenten Richters verursachen würde, nicht zuläßt, kann die Aussage von jedem Richter mit Wirksamkeit aufgenommen werden. Vgl. dießf. Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 176 u. ff.; J. H. Böhmer J. E. P. II. 6. § 11. 12; Wetzell l. c. S. 204. Note 33; Renaud l. c. § 146. Note 13; Endemann CivilprocR. § 161. I. A.

[148]) So bemerkt z. B. noch Bayer l. c. S. 780 ausdrücklich: „Das Dasein einer Gefahr ist übrigens die einzige, aber allgemeine Bedingung der Zulässigkeit dieses Beweises". Dagegen hebt schon Endemann C. P. R. § 161. I. A. sehr richtig hervor: „Die interes-

besonders betont, aber es ergibt sich der Umstand, daß beim Bestande einer derartigen Gefahr rücksichtlich irgend welcher Personen eben nicht Jeder die Thätigkeit des Richters zur Abhörung derselben als Zeugen zum ewigen Gedächtnisse ohneweiters in Bewegung setzen kann, so sehr aus dem Sinne der dießfälligen Bestimmungen, aus der Natur und dem Zwecke solcher Beweisaufname, daß eine weitere Ausführung dessen in der That überflüssig ist. Es bedarf dessen um so weniger, als für das Vorhandensein der beiden genannten Erfordernisse ein strenger processualischer Beweis weder gefordert wird, noch gefordert werden kann und als schon in der Feststellung des Gegenstandes der Vernehmung der letztere Punkt wenigstens eine teilweise Begründung findet. Die hier in Anspruch genommene Thätigkeit des Richters ist eine außerprocessualische, es genügt vollkommen, wenn ihm die nach dem Gesetze geforderten Voraussetzungen derselben überhaupt in glaubwürdiger Weise dargelegt werden; sowie der Richter nach der Erklärung des Gesetzes selbst dem Ansuchen zu entsprechen hat, wenn ihm nur überhaupt ein vernünftiger Grund, den Entgang der betreffenden Zeugen zu besorgen, dargethan wird [149], ebenso ist es auch in der anderen Richtung hinreichend, wenn er aus dem Ansuchen nur überhaupt eine Beziehung des Petenten erkennt, die solches Einschreiten zum Bedürfnisse macht. Ob sich aber aus der dargelegten Beziehung ergibt, daß der Petent in der seinerzeitigen Proceßführung als Kläger oder als Geklagter werde aufzutreten haben, ist für die Zulassung und Ausführung des Ansuchens gar nicht entscheidend [150]. Außerdem hat der Ansuchende die Zeugen, deren Abhörung er begehrt, genau zu benennen und die Thatsachen bestimmt zu bezeichnen, über welche sie vernommen werden sollen, der Richter kann hiebei nur etwa zur näheren Formulirung der einzelnen Fragepunkte mitwirken, die Feststellung der-

---

sirte Partei hat ein Gesuch mit Bescheinigung des Grundes .... und Darlegung ihres Interesses, welches .... sonst aber besondere Ausführung erheischt, anzubringen" ꝛc.

[149]) „Testes, de quibus ex aliqua rationabili causa timetur" lautet die übereinstimmende Anordnung in c. 5. X. cit. (2. 6.) u. c. 4. X. cit. (2. 20.), gegenüber welcher alle speciell angeführten Gründe nur als Beispiele erscheinen können. Ueber die Auffassung solcher Beweisaufname in der älteren Doctrin und die Zusammenstellung vieler anderen Fälle einer probatio ante litem contestatam mit derselben (z. B. bei Durantis l. c. § 2. Nr. 1 u. ff.) vgl. schon Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 5. X. cit. (2. 6.), Nr. 5. i. f. und hier I. Teil. S. 118. Ueber den Bestand des Grundes zur prob. ad perp. mem. verlangt die ältere Doctrin sogar ein Interlocut des Richters, s. Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 149. 199.

[150]) Ueber die dießfalls schon seit der Glosse (ad c. 41. X. de test. 2. 20. v. „testes idoneos") gemachte Unterscheidung s. Mascardus l. c. Vol. II. concl. 684, der dieselbe (Nr. 1) also formulirt: „Examinatio testium ad perpetuam rei memoriam reo futuro semper permittitur fieri ....; actori vero regulariter non permittitur testium examinatio ante litem contestatam ..... nisi periculum sit, ut pereat fides testium", Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 126 u. ff. 163 u. ff. u. die da Citirten. Ueber die Grundlosigkeit der Unterscheidung s. Bayer l. c. S. 780. 781; Renaud l. c. § 146. Note 10.

selben aber ihm hier nie ganz zufallen, da ihm hiefür die sonst im Processe vorhandene Grundlage in der vorgebrachten Klage, den Exceptionen u. dgl. eben fehlt.

Ist der künftige Proceßgegner des Petenten zur Zeit dieses Ansuchens bereits bestimmbar und in der erwähnten Begründung desselben auch bezeichnet, so hat der Richter über das Gesuch im Wesentlichen in ganz gleicher Weise zu verfahren, wie über das Begehren um Zeugenvernehmung bei der Beweisführung im Processe selbst. Dem Gegner stehen die gleichen Rechte und Mittel zu, bezüglich der Committirung oder Requisition gelten die gleichen Bestimmungen, ebenso für die Vorname der Beeidigung und des Verhörs und die Aufname der Aussagen. An der Verpflichtung des Zeugen zur Aussage wird durch den Umstand, daß die Vernehmung nur zum ewigen Gedächtnisse und außerhalb des Processes erfolgt, Nichts geändert. Nach Beendigung des Verhörs ist das Protocoll zu verschließen und bei Gericht zu verwahren[151]). Ist der Proceßgegner zur Zeit des Ansuchens noch nicht bestimmbar oder kann derselbe wegen Gefahr am Verzuge nicht herangezogen werden, so hindert dieß die Abhörung zwar nicht, aber es bleiben ihm alle Rechte vorbehalten, ohne daß es einer besonderen Constatirung dieses Vorbehaltes durch den Richter bedürfte. In dem nach den gesetzlichen Bestimmungen aufgenommenen Gerichtsacte sind die Aussagen in vollkommen beweiskräftiger Form fixirt und stehen für die seinerzeitige Verwendung zur Verfügung. Diese Verwendung erfolgt sodann dadurch, daß die Partei, wenn sie in dem nunmehr anhängigen Processe zur Beweisführung zu schreiten hat, sofort das Begehren auf Publication der so aufgenommenen Zeugenaussagen stellt, worüber in der gewönlichen Weise zu verfahren ist. Doch fordert die Consequenz, daß sich der Gegner, wenn die Beweisaufname zum ewigen Gedächtnisse ohne seine Beteiligung stattgefunden hatte, jetzt vor Zustimmung zum Publicationsbegehren das Recht, Einwendungen gegen die Person der Zeugen vorzubringen, ebenso durch Protestation wahren muß, wie sonst bei Production der Zeugen, widrigenfalls er damit unter den gleichen Modalitäten ausgeschlossen wäre, wie im Falle der Unterlassung dieser Protestation bei der Production. Ja er kann auch jetzt schon diese Einwendungen selbst, wie im gewönlichen Beweisverfahren bei der Production, vorbringen und ausführen, wenn er es eben nicht vorzieht, dieß erst nach der Publication zu thun und es unterliegt keinem Zweifel, daß, wenn es ihm hier gelingt, dar-

---

151) Vgl. Beil. Nr. 6. Daß die aufgenommenen Aussagen jetzt nicht zu publiciren sind, u. z. ohne Unterschied, ob dieselben auf Begehren des künftigen Klägers oder Geklagten aufgenommen wurden, hatte schon Durantis l. c. § 2. Nr. 5 gegen die abweichende Ansicht Vieler (worunter auch die Glosse ad c. 41. X. 2. 20. v. „testes idoneos") nachgewiesen; dennoch erhielt sich die entgegengesetzte Meinung für den Fall, als die Aussagen auf Begehren des künftigen Geklagten aufgenommen wurden, auch weiter und wurde sogar zur communis opinio, worüber zu vergleichen ist Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 172, der sich gedrängt fühlt, schließlich hinzuzufügen: „Cogita super ista opiniono speculatoris."

zuthun, daß alle oder einzelne der in perpet. memor. abgehörten Zeugen in dem vorliegenden Processe zur Vernehmung gar nicht zugelassen werden dürften, die begehrte Publication ganz oder rücksichtlich der Aussagen eben dieser Zeugen zu unterbleiben hat. Denn hier involvirt das Begehren um Publication der Aussagen auch den sonst erforderlichen Productionsact, es kann und muß sich daher der Proceßgegner ersterem gegenüber ebenso verhalten, wie gegen letzteren. Der Umstand, daß diese Vernehmung der Zeugen ohne Interrogatorien des Gegners erfolgte, kann wol gewichtige Gründe zur Erschütterung der Beweiskraft ihrer Aussagen bieten und dieser hat in den nach Publication der Aussagen ihm zustehenden Deductionen volle Gelegenheit, diese Gründe ebenso, wie alle anderen Argumente, welche sich aus seiner Nichtbeteiligung an der stattgehabten Beweisaufname zum ewigen Gedächtnisse gegen die Beweiskraft der Aussagen ergeben, geltendzumachen, allein diese Beweiskraft wird dadurch eben nur so weit erschüttert, als diese Gründe reichen, ausgeschlossen wird sie durch diesen Umstand noch keineswegs. Aus der wesentlich gleichen Behandlung, welcher die Verwendung der zum ewigen Gedächtnisse aufgenommenen Zeugenaussagen mit der gewönlichen Beweisführung durch Zeugen im Processe unterliegt, ergibt sich zwar, daß nicht bloß diejenige Partei, auf deren Ansuchen die Abhörung ad perpet. memor. erfolgte, sondern auch ihr Gegner diese Aussagen nach erfolgter Publication derselben im Processe zum Zwecke seiner Beweisführung benützen kann, da die in der sog. Gemeinschaftlichkeit der Zeugenaussagen liegenden Grundsätze eben auch rücksichtlich dieser Aussagen gelten. Daß aber der Gegner des Beweisführers zum ewigen Gedächtnisse dieselben auch selbstständig, d. i. ohne oder gegen den Willen des letzteren im Processe *herbeiziehen*, also das *Begehren* um deren Eröffnung stellen könne, das läßt sich mit der herrschenden Lehre [152]) nicht behaupten. Denn die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel knüpft sich nur an deren *processualische* Production, diese liegt hier nur in dem auf Publication dieser Aussagen gestellten Begehren, wird dasselbe vom Beweisführer a. p. m. dann im Processe nicht gestellt, so fehlt eben die Bedingung der Gemeinschaftlichkeit und es kann von derselben keine Rede sein. Die früher behufs Aufname des Beweises zum ewigen Gedächtnisse erfolgte Production ist ein jedesfalls *außerprocessualischer* Act, auf welchen die in der Gemeinschaftlichkeit der Aussagen hervortretende *processualische* Wirkung nicht ausgedehnt werden kann [153]). Nach ausdrücklicher

---

[152]) S. dieselbe bei *Bayer* l. c. S. 783; *Wetzell* l. c. S. 204. Note 36; *Langenbeck* l. c. S. 922. 923; *Endemann* Civilproc. § 161. I. D; *Renaud* l. c. § 146. i. f.

[153]) Rücksichtlich des zur Beweisaufname a. p. m. *nicht* herangezogenen Gegners betont dieß auch mit Recht schon *Endemann* Civilproc. § 161, indem er Note 21 hinzusetzt: „Doch wol nur vorausgesetzt daß zweiseitig verfahren wurde;“ doch dehnt er die Beschränkung ohne Grund auf die ganze Benützung selbst der publicirten Aussagen durch den Gegner aus. Denn wenn die Aussagen auf Begehren des Beweisführers a. p. m. im Beweis-

Bestimmung des canon. Rechts[154]) ist jedoch, wenn die Zeugenvernehmung zum ewigen Gedächtnisse ohne Zuziehung des Gegners des darum Ansuchenden erfolgte, die den aufgenommenen Aussagen nach den allgemeinen Normen im Processe zukommende Beweiskraft noch insbesondere davon abhängig, daß der Petent, wenn er im Processe als Kläger aufzutreten hat, die Klage innerhalb Jahresfrist von dem Zeitpunkte, in welchem er dieselbe anzustellen berechtigt ist, auch wirklich einbringe, oder doch wenigstens seinen Gegner innerhalb dieser Frist von der stattgehabten Beweisaufname benachrichtige; diese Benachrichtigung[155]) ist auch im andern Falle, wenn Petent im Processe als Geklagter zu fungiren hätte, erforderlich, da aber auch hinreichend[156]).

Stehen die Zeugen, deren Aussagen zum ewigen Gedächtnisse aufgenommen wurden, zur Zeit der Beweisführung im Processe noch zur Disposition, so kann von diesen Aussagen nur dann in der angegebenen Weise Gebrauch gemacht werden, wenn beide Parteien damit einverstanden sind. Denn, wie schon früher (II. Abschn. 1. Cap. a. i. f.) hervorgehoben wurde, bildet das zum ewigen Gedächtnisse Aufgenommene doch immer nur ein Surrogat für die eigentliche Beweisführung im Processe selbst, u. z. ein Surrogat, welchem es namentlich bei Zeugenaussagen in Folge der bloß außerprocessualischen Aufname an manchen für die Würdigung des Beweisergebnisses wichtigen Momenten (z. B. Beobachtung des Verhaltens der Zeugen beim Verhöre durch den urteilenden Richter selbst, Einfluß desselben auf die Befragung u. dgl.) sehr leicht fehlen kann und das daher, soweit dieß die Parteien nicht in gegenseitigem Einverständnisse ausdrücklich acceptiren, um so weniger an die Stelle der im Processe selbst noch vollkommen ausführbaren normalen Beweisführung treten kann[157]). Wäre in dem genannten Falle die Verwendung der a. p. m. aufgenommenen Aussagen anstatt der eigentlichen Beweisführung[158])

---

publicirt sind, dann liegt eben der Act, an welchen die Gemeinschaftlichkeit derselben geknüpft ist, vor und kann daher kein Zweifel sein, daß deren Benützung dann auch dem bei der Beweisaufname zum ewigen Gedächtnisse nicht herangezogenen Gegner zusteht.

[154]) c. 5. X. ut lite non cont. (2. 6.)

[155]) Der Zeitpunkt, von welchem hier die Jahresfrist zu berechnen kommt, ist, wenn der Gegner zur Zeit der Beweisaufname a. p. m. schon bestimmbar war, die Vollendung dieser Beweisaufname, sonst der Moment, in welchem der Gegner bestimmbar geworden ist.

[156]) Gegen die abweichende Ansicht Wetzell's l. c. S. 204: „wärend beim Verklagten von einer solchen Frist nicht die Rede sein kann" (so auch J. H. Böhmer J. E. P. II. 6. § 15; ähnlich Scaccia l. c. lib. II. cap. 8. Nr. 183.) s. Bayer l. c. S. 782 u. Langenbeck l. c. S. 907.

[157]) Auch die ältere Doctrin hat an dieser Ansicht festgehalten: s. Mascardus l. c. Vol. IV. concl. 1374. Nr. 10 und die da Citirten, obwol dieselbe, wie Endemann Beweisl. S. 227 und Civilproc. § 161. I. D. Note 22 hervorhebt, einen inneren Grund dafür nicht hat.

[158]) Eine Verwendung der a. p. m. aufgenommenen Aussagen in der Art, daß sie dem Zeugen bei seiner Vernehmung im Processe vorgelesen werden und er dadurch an den Inhalt seiner früheren Aussage erinnert würde, wäre nach Befinden des Richters über Antrag der

auch über nur einseitiges Begehren zulässig, dann würde solche Beweisaufnahme offenbar nicht so sehr zur Sicherung eines gefährdeten Beweismittels, als vielmehr zur Verdrängung der wirklichen Beweisführung im Processe dienen und es ist wol evident, daß darin der Zweck der Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse nicht besteht.

b.) Im Verfahren in Strafsachen.

Das Ziel des Beweisverfahrens muß auch im inquisitorischen Strafprocesse darauf gerichtet sein, alle Momente, von welchen die beweisende Kraft eines bestimmten, zur Verwendung kommenden Beweismittels abhängig oder bestimmt ist, aufzusuchen und festzustellen, damit die in demselben liegenden Beweisgründe unverkürzt und in ihrem wahren Werte zur Erkenntniß und Würdigung gelangen. Von der Sorge dafür ist hier den Parteien Nichts überlassen, sondern dieselbe ausschließlich dem Richter unter allfälliger Mitwirkung des als Partei hier allein in Betracht kommenden Beschuldigten, soweit diese dem genannten Zwecke überhaupt förderlich sein kann, zugewiesen, sowie es ja auch vor Allem schon dem Richter obliegt, die Beweismittel für den concreten Fall aufzusuchen, also sich schon darum zu bemühen, ob Zeugen zur Verfügung stehen, wieviele und welche davon zu verwenden sind. Demgemäß ist aber auch der Richter sowol in der Heranziehung von Zeugen, als in der Benützung derselben hier viel freier gestellt, als im Civil- und dem demselben wesentlich gleichstehenden accusatorischen Strafprocesse. In ersterer Beziehung ist der Richter nicht bloß an eine Vorlage (Production) von anderer Seite weder angewiesen, noch gebunden, sondern er kann dritte Personen auch ohne Rücksicht darauf, ob sie sich nach den für den Beweis maßgebenden Grundsätzen als Zeugen qualificiren und ob oder wieviel ihre Aussage zum Beweise beizutragen vermag, bloß zu seiner Information vernehmen[1]) und in letzterer Beziehung fällt Alles weg, was im Verfahren außer Strafsachen den Richter rücksichtlich des Gegenstandes, der Ausdehnung und Art der Vernehmung, sowie rücksichtlich der Verwertung der Aussage beschränkt. Daher kann hier selbst mit Rücksicht auf die besondere Gestaltung der inquisitio cum promovente s. prosequente und auf die späteren im Inquisitionsprocesse ausgebildeten Scheidungen von Informativ-, Offensiv- und Defensivproceß, resp. von General- und Specialinquisition[2]) von einem förmlichen Productions- und Publicationsverfahren und dessen im Civilprocesse bestehenden Wirkungen, von der Einhaltung fester Termine oder Formen

---

Partei vollkommen zulässig, wie das ja beim Zeugenverhöre überhaupt bezüglich einer früheren Aussage desselben Zeugen durchaus nicht unstatthaft ist und wol auch oft vorgekommen sein mag. Vgl. hier Beil. Nr. 6.

[1]) Vgl. Mittermaier Strafverf. I. § 95; Zachariae l. c. II. § 99 pr.; Planck l. c. § 88. C. § 129. i. f.

[2]) Vgl. I. Teil. S. 13. 120 u. ff.

für die Anfechtung der Glaubwürdigkeit der Zeugen und ihrer Aussagen, von der Präclusion mitderartigen Einwendungen oder weiteren Zeugenvernehmungen u. dgl. nicht die Rede sein. Der Beschuldigte hat zwar auch hier das Recht, zum Behufe seiner Verteidigung sich auf Zeugen zu berufen und deren Vernehmung zu verlangen, doch sind dafür nicht die Bestimmungen über die Zeugenproduction im Civilprocesse, sondern nur die allgemeine Anordnung des Gesetzes: „ut (is, contra quem facienda est inquisitio) facultatem habeat defendendi se ipsum“ [3]) maßgebend. Die Beeidigung der Zeugen hat auch hier, da eine besondere Bestimmung dießfalls nicht getroffen ist, vor der Vernehmung zu erfolgen, sowie aber selbst die unbeeidete Aussage mit Rücksicht auf den Indicienbeweis schon nicht ohne allen Belang ist, so wäre auch die Beeidigung nach der Aussage nicht ohneweiters wertlos; überdieß ist hier die wiederholte Vernehmung eines Zeugen nach Befinden des Richters vollkommen zulässig und es ergibt sich von selbst, daß die Absicht, der als wesentlich erkannten Aussage diese zur vollen Beweiskraft erforderliche gesetzliche Qualification zu verschaffen, Grund genug wäre, den Richter, sei es von Amtswegen, sei es auf Begehren des Beschuldigten zur Wiederholung der Vernehmung zu veranlassen.

Durch die freie Stellung des Richters in der Heranziehung und Aufname der Beweise darf jedoch das Verteidigungsrecht des Beschuldigten nicht beeinträchtiget werden. Das canon. Recht verordnet daher, abgesehen von der stets betonten allgemeinen Verpflichtung des Richters zu unbefangener, objectiver Wahrheitsforschung rücksichtlich des Zeugenbeweises insbesondere, daß dem Beschuldigten die Namen der Zeugen und ihre Aussagen genau mitgeteilt und ihm ausreichende Gelegenheit geboten werde, alle seine Bemerkungen und Einwendungen dagegen vorzubringen [4]). Der in den cit. Gesetzen gebrauchte Ausdruck: „**publicanda** sunt ei (contra quem facienda est inquisitio) non solum dicta, sed etiam nomina ipsa testium“ ist wol nicht hinreichend, um diese Mitteilung unter die Bedingungen und Wirkungen der publicatio attestationum im Civilprocesse zu stellen [5]), nur muß sie der Richter jedesfalls in der Art vor-

---

[3]) c. 24. X. de accus. (5. 1.). Vgl. Durantis l. c. lib. III. part. 1. de inquisitione. § 3. Nr. 29.

[4]) c 21. in p. dec. c. 24. 26. X. de accus. (5. 1.).

[5]) S. dagegen Durantis l. c. lib. III. part. 1. de inquis. § 3. Nr. 29, der zwar „publicatis attestationibus“ dem Richter gestattet, „super eodem crimine alios testes inducere“, nicht aber dem Beschuldigten und auch dem ersteren nur, wenn er rein „ex officio“ inquirirt, nicht aber, „si fit inquisitio aliquo impetrante, seu prosequente vel adjuuante ipsam.“ Zu teilweiser Abweichung von dem im Civilverfahren Geltenden sieht sich also Durantis doch schon genötigt, daß aber auch der hier noch festgehaltene Grund: „quia tunc timeretur subornatio“ nicht ausreicht, um dem Richter auch in dem andern Falle und dem Beschuldigten die Heranziehung neuer Zeugen nach erfolgter Mitteilung früherer Aussagen an den letzteren, u. z. im Widerspruche mit der allgemeinen Stellung des Richters und des Beschuldigten im inquisitorischen Strafprocesse abzuschneiden, dürfte kaum zweifelhaft sein. Vgl. Molitor l. c. S. 277. Note 4.

nehmen, „ut quid et a quo sit dictum, appareat“. Als Mittel, welche dem Beschuldigten dagegen zustehen, werden nur die „exceptiones legitimae“ (sc. contra personas et dicta testium) angeführt, wie im Civilprocesse, doch ist daraus nicht zu folgern, daß auch das Vorbringen derselben an die im Civilprocesse erforderlichen Formen und Voraussetzungen gebunden sei, da das Festhalten derselben und die Anwendung darnach eintretender Präclusionen eine offenbare Beeinträchtigung des Vertheidigungsrechtes des Beschuldigten involviren würde, auf dessen ungeschmälerte Erhaltung das canon. Recht stets den Nachdruck legt. Wol aber muß nach der Stellung, welche dem Producten schon im Civilprocesse zu seiner Vertheidigung bei der Aufname des Zeugenbeweises eingeräumt ist, auch hier dem Beschuldigten das Recht zuerkannt werden, zu verlangen, daß er zur Beeidigung der Zeugen zugezogen werde und daß der Richter den Zeugen auch über bestimmte, von dem Beschuldigten bezeichnete Punkte, die der Richter nicht als offenbar irrelevant erkennt, befrage[6]); denn dieß bildet eben einen wesentlichen Bestandteil des Vertheidigungsrechtes. Ueberhaupt sind Modificationen an dem unter a.) dargestellten Beweisverfahren mit Zeugen im inquisitorischen Strafprocesse nur bedingt durch die wesentlich veränderte Stellung des Richters in demselben und durch die dem Beschuldigten gewährte freiere Action in der Ausübung seines Vertheidigungsrechtes; soweit Abweichungen dadurch nicht geboten sind, kommt das im Civilprocesse geltende Zeugenbeweisverfahren auch hier in Anwendung[7]). Selbst eine Art Zeugenvernehmung zum ewigen Gedächtnisse kann stattfinden[8]), da sich auch hier die Gefahr, einen Zeugen zu verlieren, zu einer Zeit ergeben kann, zu welcher zwar seine Beziehung zu dem Gegenstande einer anhängigen Untersuchung und somit die Eventualität seiner Vernehmung schon feststeht, die Untersuchung aber noch nicht so weit gediehen ist, um feste Anhaltspunkte für die Vernehmung zu liefern. Ueber die Nothwendigkeit und den Gegenstand der Vernehmung kann da nur das Ermessen des Richters entscheiden.

c.) Im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten.

Je nachdem die Natur der hier zur Entscheidung stehenden Frage die officielle Thätigkeit des Richters in der Weise des inquisitorischen Strafver-

---

[6]) Vgl. Scaccia l. c. lib. II. cap. 9. Nr 1 u. ff. Nr. 883 u. ff. 914 u. ff. 924 u. ff; Vargha die Vertheidigung in Straff. (Wien 1879). § 54 u. ff.

[7]) Ueber die Zulässigkeit der Committirung des Zeugenverhörs und der Requisition zur Vorname desselben insbesondere vgl. Scaccia l. c. lib. II. cap. 9. Nr. 605 u. ff. 641 u. ff. 726 u. ff. 803 u. ff.

[8]) Scaccia l. c. Nr. 594—604 faßt die Frage nicht mit Rücksicht auf eine bereits anhängige Untersuchung, worauf sie hier zu beschränken ist und erklärt daher unter Berufung auf die amtliche Verpflichtung des Strafrichters: „merito non est introductum, ut in causis criminalibus testes possint examinari ad perpetuam rei memoriam“, limitirt aber selbst sie zu Gunsten des Beschuldigten: „ut non habeat locum, quando reus vellet examinare testes.“

fahrens nach der wiederholt hervorgehobenen Auffassung des canon. Rechts [1]) in Anspruch nimmt oder den Betrieb der Sache den Parteien nach Art des Civilprocesses zuweist, kommt auch bei Führung des Zeugenbeweises entweder das unter b) oder das unter a) dargestellte Verfahren zur Anwendung. Dadurch, daß der Richter auch im inquisitorischen Verfahren unter Mitwirkung der Parteien vorgehen und daß diese ganz wol auch in den bei Rechtssachen dieser Art ohnedieß nach Umständen gleichfalls zur Anwendung kommenden Formen des Civilprocesses geboten werden kann, ist es immerhin leicht möglich, daß auch hier in vielen Fällen das Verfahren zur Führung des Zeugenbeweises einen vollkommen einheitlichen Charakter, u. z. den des civilprocessualischen Beweisverfahrens an sich trägt. Doch, das ist eben nur eine im concreten Falle leicht mögliche und darnach vielleicht auch oft vorkommende, aber nicht die principielle Gestaltung des Zeugenbeweisverfahrens in dieser Proceßart; ebenso gut kann dieses Verfahren hier, wenn bloß die Entscheidung über das Spirituelle, gar kein privatrechtlicher Anspruch in Frage steht, ganz den Charakter des inquisitorischen Processes haben. Die principiell hier obwaltende Besonderheit liegt darin, daß das Beweisverfahren mit Zeugen unter die beiden oben ausgeführten verschiedenen Grundsätze fällt und daß sich daher hier der Richter im concreten Falle vor Allem klar machen muß, inwieweit nach der Beschaffenheit desselben die einen und die anderen zur Anwendung zu kommen haben, um sodann das Verfahren in der dem Gesetze entsprechenden Weise zu pflegen.

---

3. Capitel.

Beim Beweise durch Sachverständige.

a.) Im Verfahren außer Straffachen.

Nach dem oben im I. Abschn. Cap. 3. Ausgeführten behandelt das canon. Recht die Sachverständigen als Zeugen, daher gilt das im vorigen Capitel dargestellte Verfahren im Wesentlichen auch für die Führung des Beweises durch Sachverständige. Der Gang und die Formen des erörterten Zeugenbeweisverfahrens sind in der That auch derart, daß sie der eigentümlichen Natur des Gutachtens Sachverständiger, vermöge welcher sich dasselbe nach allgemein rationeller Betrachtung eben als ein selbstständiges, von der Zeugenaussage verschiedenes Beweismittel darstellt, hinreichenden Raum zur Entfaltung gewähren [1]) und es kann darnach hier nur darauf ankommen, zu untersuchen, ob nicht eben die eigentümliche Natur dieser Beweisesart auch bei der principiellen

---

[1]) Vgl. I. Teil. S. 10. 11. 123 u. oben II. Abschn. Cap. 1. c.

[1]) Vgl. Mittermaier im Arch. f. civil. Praxis. Bd. 2. S. 133–135; Puchta in der Ztschr. f. CivilR. u. Proc. Bd. 3. S. 62–65.

Subsumtion der Sachverständigen unter die Zeugen schon Besonderheiten in dem gewönlichen Zeugenbeweisverfahren erzeugte, durch deren Ausbildung sich sodann in der Fortentwicklung des Proceßrechtes auch ein selbstständiges, wenngleich dem Zeugenbeweisverfahren stets analoges Beweisverfahren mit Sachverständigen herausgestaltete.

In der Einleitung des Beweisverfahrens, in der Art der Anbietung des Beweises und der Production der Sachverständigen von Seite der beweispflichtigen Partei erscheint durch die besondere Natur des Sachverständigenbeweises eine Modification an dem gewönlichen Zeugenbeweisverfahren nicht gefordert. Das Bedürfniß einer solchen kann sich zunächst in dem Verhalten des Producten gegenüber dieser Beweisführungsthätigkeit seines Gegners ergeben. Beim Zeugenbeweise wird der Product, abgesehen von den sonstigen Einwendungen gegen die Person der producirten Zeugen, gegen die überreichten Beweisartikel, sowie von dem Rechte zur Stellung von Interrogatorien, was ihm Alles selbstverständlich auch hier in ganz gleicher Weise zusteht, der Natur der Sache nach nur selten in der Lage sein, eine Einwendung gegen die Zulässigkeit eines Zeugen aus dem Grunde geltendzumachen, weil er von den zu beweisenden Thatsachen gar Nichts wissen, also auch eine für den intendirten Beweis relevante Aussage nicht machen kann. Beim Sachverständigenbeweise hingegen ist, namentlich wo nicht öffentlich autorisirte oder angestellte Sachverständige producirt sind, gerade zu der Einwendung, daß der als Sachverständiger Producirte die für ein irgend beweiskräftiges Gutachten unbedingt notwendigen Kenntnisse, Fähigkeiten oder Erfahrungen gar nicht besitzt, sehr leicht und häufig Anlaß. Da nun gerade in der Geltungsperiode des canon. Processes doch größtenteils nur private Sachverständige zur Verfügung standen und auch ohne Rücksicht auf ein positives Proceßrecht von der Klarstellung der genannten Frage eben die Zulässigkeit des Sachverständigen abhängt [1]), so mußte sich hier nach der Natur dieser Beweisesart bei der Production gar oft die Notwendigkeit eines Incidenzverfahrens ergeben, das zwar vollkommen im Rahmen auch des gewönlichen Zeugenbeweisverfahrens liegt, zu dem es aber bei diesem nur verhältnißmäßig selten kommen konnte. Diese Modification ist allerdings keine tiefgreifende und wesentliche, aber sie verdient doch hervorgehoben zu werden, weil darnach doch immerhin ein bestimmtes, beim Zeugenbeweise nur seltenes Incidenzverfahren bei Sachverständigen zu einer wenigstens häufigen Erscheinung im Beweisverfahren werden mußte. Sodann wird dem Producten

---

[1]) S. oben I. Abschn. Cap. 3. 1. b. Mascardus l. c. Vol. II. concl. 654. Nr. 9. Die Ansicht Puchta's l. c. Bd. 3. S. 61. Nr. 3, daß man zur Verwerfung eines Sachverständigen ohne weitläufige Erörterungen weit eher schreiten kann, als bei Zeugen, weil „es an Sachverständigen nirgends fehlt", ist wol auch ohne Rücksicht auf ein positives Proceßrecht zu weitgehend. Es ist eben vor Allem überhaupt nicht richtig, daß es an Sachverständigen nirgends fehlt für die Zeit der ausgedehnten Wirksamkeit der geistlichen Gerichte, also für den canon. Proceß insbesondere aber läßt sich Letzteres sicherlich nicht behaupten.

zwar auch beim Zeugenbeweise, wie oben hervorgehoben wurde, schon bei der Production der Beweisartikel der Gedanke an den Gegenbeweis nahegelegt, aber es bestehen da mehrfache Gründe, welche es demselben rathsam erscheinen lassen, damit, wenn er ihn nicht wieder durch Zeugen oder nicht direct zu führen gedenkt, bis nach Herstellung des Hauptbeweises zu warten. Beim Sachverständigenbeweise tritt diese Mahnung an den Gegenbeweis natürlich nicht weniger hervor, der Product kann aber hier, da das Beweisthema doch in der Regel so beschaffen ist, daß auch der Gegenbeweis nur wieder durch Sachverständige geliefert werden kann, mit demselben regelmäßig nicht bis nach Herstellung des Hauptbeweises warten, sondern ist vielmehr genötiget, denselben jedesfalls vor der Publication der Gutachten der gegenteiligen Sachverständigen zu unternehmen, da er darnach damit eben ausgeschlossen wäre [3]). Dieß muß naturgemäß zu der Gestaltung führen, daß hier der Product regelmäßig, wenn er überhaupt einen (directen) Gegenbeweis zu führen gedenkt, mit demselben schon in seiner Erwiderung auf die Production der Sachverständigen des Beweisführers hervortritt und auch seinerseits Sachverständige für den Gegenbeweis producirt, und daß sodann in der weiteren Durchführung regelmäßig Beweis- und Gegenbeweis neben einander laufen [4]). Die Besonderheit, die sich damit im Beweisverfahren mit Sachverständigen geltendmacht, besteht auch hier wieder nur darin, daß ein beim Zeugenbeweise wenigstens nicht gerade häufiger Vorgang sich bei der Beweisführung durch Sachverständige als eine regelmäßige Erscheinung im Verfahren ergibt. Die aus der öffentlichen Bestellung von Sachverständigen sich ergebende Modification in der Beeidigung derselben, soweit eben solche amtlich angestellte Sachverständige in Frage kommen, wurde bereits oben (I. Abschn. Cap. 3. Nr. 2.) hervorgehoben.

Derjenige Teil des Beweisverfahrens aber, in welchem die eigene Natur des Sachverständigenbeweises am Meisten zum Ausdrucke kommen muß, ist die Vernehmung der Sachverständigen. Da kann es sich sehr leicht herausstellen, daß der Sachverständige auf die gestellten Artikel und Interrogatorien nicht so

---

[3]) S. dagegen die ältere Doctrin bei Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1039 Nr. 9 u. bei Pacianus l. c. lib. I. cap. 47. Nr. 76 - 80, der jedoch mit Alexander dem im Texte Gesagten beipflichtet (Nr. 79), wenn „una pars uellet eos producere in forma testium" d. h. wenn sie eben Beweismittel sind.

[4]) Die übrigens auch für den gemeinen deutschen Civilproceß bestrittene Entwicklung, wornach der Product in jedem Falle aufzufordern ist, auch seinerseits Sachverständige, u. z. in gleicher Anzal, wie der Producent (sog. Gegensachverständige) zu benennen, so daß erst die von beiden Parteien producirten Sachverständigen zusammen das zur Beweisführung jedesfalls „notwendige „corpus peritorum artis" bilden, dem sodann auch der Richter noch von Amtswegen einen oder mehrere oder die gleiche Anzal Sachverständiger beizufügen hat und die gemeinschaftlich und „einander ergänzend" das für den Beweis erforderliche Gutachten abzugeben haben, — ist dem canon. Processe noch gänzlich fremd. Vgl. darüber Wetzell l. c. S. 475. 476. bes. Note 22; Langenbeck l. c. S. 581 u. ff. u. die von Beiden Citirten, sodann Endemann Civilproc. § 214. I.; Renaud l. c. § 215. I.

ohneweiters seine Aussage machen kann, wie dieß der Zeuge in der Regel zu thun in der Lage ist, sondern daß es dazu noch näherer, vielleicht erst gerade durch den Sachverständigen zu bestimmender Information, der Besichtigung von Gegenständen oder Personen, besonders technischer Untersuchungen, deren Beschaffenheit und Dauer selbst die continuirliche Gegenwart des Richters ausschließt, u. dgl. bedarf, ja daß es gar nicht möglich ist, auf die einzelnen Artikel und Interrogatorien, wie sie eben gestellt sind, schlechtweg einzugehen, sondern nur ein zusammenhängendes Gutachten gegeben werden kann, aus dessen Ganzem erst zu entnehmen ist, welche Aussage auf die einzelnen Artikel und Interrogatorien entfällt. Wenn auch nach dem geltenden Proceßrechte der Vorgang in den regelmäßigen Formen der Zeugenvernehmung zu erfolgen hat, so erhellt doch sofort, daß thatsächlich die Beweisaufname hier einen etwas anderen Charakter erlangen muß, als das gewönliche Zeugenverhör. Die dem Sachverständigen unter Umständen notwendigen näheren Informationen hat der Richter, soweit er dazu auf Grund der Proceßverhandlung im Stande ist, zu erteilen und es versteht sich von selbst, daß dieselben nach c. 11. X. de probat. (2. 19.) in's Protocoll aufzunehmen sind. Im Falle, als die Partei nach Publication der Gutachten fände, daß dieselben unrichtig oder ungenügend erteilt worden sind, stünde es ihr nach den über die Berichtigung und Ergänzung des Zeugenverhörs geltenden Bestimmungen frei, auch hier neuerliche Vernehmung mit der erforderlichen Berichtigung oder Vervollständigung zu verlangen. Ist der Richter selbst nicht in der Lage, die notwendigen Informationen zu geben, so hat er dieselben von der beweisführenden Partei zu fordern, welche sie ihm entweder mündlich zu Protocoll geben oder schriftlich vorlegen kann. Uebrigens muß der Richter schon bei Vorlage der Artikel und Interrogatorien darauf bedacht sein, daß dieselben so eingerichtet seien, daß der Sachverständige dadurch voraussichtlich hinreichend informirt wird. Ein unmittelbarer Verkehr zwischen Sachverständigen und Partei bei und zum Behufe der Abgabe der Aussage ist bei der absolut gebotenen geheimen Zeugenvernehmung nicht zulässig [5]). Zu den für die Abgabe des Gutachtens erforderlichen Besichtigungen an Ort und Stelle, eingehenderen technischen Untersuchungen u. dgl. hat der Richter in der geeigneten Weise Gelegenheit zu schaffen und Zeit zu gewähren, und daß es auch nach canon. Rechte der Beweiskraft des Gutachtens keinen Eintrag thut, wenn derartige Beobachtungen und Untersuchungen ihrer Natur nach gar nicht einmal in Gegenwart des Richters erfolgen können, sondern den Sachverständigen allein überlassen werden müssen, wird durch die in c. 4 u. 14. X. de probat. (2. 19.) u. c 6. X. de frig. et malef. (4. 15.) behandelten

---

[5]) Im gem. dtsch. Civilproc. wird dieß gestattet. S. Puchta l. c. Bd. 3. S. 61. 62 und die da Note 1 Citirten. Wenigstens bei einer für das Gutachten erforderlichen Beobachtung lassen dieß zu Mittermaier im Archiv f. civil. Praxis. Bd. 2. S. 134. 135; Schmid l. c. II. § 156.

Fälle dargethan[6]). Sind von den Parteien Artikel und Interrogatorien nicht eingebracht, so hat der Richter hier, wie beim Zeugenbeweise überhaupt, die Punkte festzustellen, über welche die Sachverständigen sich auszusprechen haben[7]) und ebenso hat er bei der Vernehmung selbst darauf zu dringen, daß sich der Sachverständige über diese, sei es durch die Artikel und Interrogatorien der Parteien, sei es durch die Festsetzung des Richters bestimmten Punkte deutlich, vollständig und nicht widersprechend äußere. Auch die Sachverständigen sind, wenn der Beweis mit mehreren geführt wird, jeder abgesondert zu vernehmen; die Abgabe eines gemeinschaftlichen Gutachtens aller statt besonderer Aussage jedes einzelnen, sowie eine Besprechung derselben unter einander bei oder zum Behufe der Erstattung ihres Gutachtens[8]) ist im canon. Processe unzulässig, weil mit den hier eben maßgebenden Grundsätzen über das Zeugenverhör unvereinbar. Dagegen ist es, sowie das ganze Verfahren der Sachverständigen nicht immer unter Intervention und in Gegenwart des Richters statthaben kann, so auch nach der Natur des zu erstattenden Gutachtens und der dazu erforderlichen Grundlagen nicht immer möglich, daß der Sachverständige das Gutachten, wie der Zeuge seine Aussage, unmittelbar mündlich vor Gericht abgebe; in solchen, nach Ermessen des Richters zu beurteilenden Fällen muß auch im canon. Processe

---

[6]) Vgl. dazu Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 4. X. cit. (2. 19.). Daß aber derartigen Untersuchungen und Besichtigungen, obwol sie regelmäßig unter Intervention und in Gegenwart des Richters zu geschehen haben, nicht der Charakter eines Augenscheins zukommt, darüber s. oben I. Abschn. Cap. 1. pr. Cap. 3. zu Note 5. u. 6. u. II. Abschn. Cap. 1. a. zu Note 12. Auch beim gewönlichen Zeugenverhöre kann eine vom gerichtlichen Augenscheine wol zu unterscheidende Besichtigung an Ort und Stelle erforderlich sein, wovon Beil. Nr. 39 ein Beispiel aus der Praxis geistlicher Gerichte liefert.

[7]) Durch die für den gem. dtsch. Civilproc. maßgebend gewordene spätere Praxis wurde die Einrichtung getroffen, daß der Richter zu diesem Behufe den Sachverständigen unter Berücksichtigung der von den Parteien gestellten Anträge eine förmliche Instruction zu erteilen hat. Dieselbe ist ihnen entweder gleich nach der Beeidigung und noch in Gegenwart der Parteien zu geben oder in schriftlicher, nach erfolgter Mitteilung an die Parteien und Berücksichtigung der dagegen etwa erhobenen Einwendungen festgestellter Abfassung vorzulegen. Darnach können dann in jedem Falle Artikel und Interrogatorien von Seite der Parteien wegfallen, da eben die Mitwirkung derselben bei Festsetzung der Instruction an deren Stelle tritt. Sachlich wäre dieß auch dem canon. Beweisverfahren, in welchem ja auch beim Zeugenbeweise die Ueberreichung von Artikeln und Interrogatorien durchaus nicht wesentlich ist, ganz angemessen, nur ließe sich darnach keineswegs behaupten, daß die Parteien beim Sachverständigenbeweise Artikel und Interrogatorien gar nicht einbringen dürfen und sich statt dessen an einer besonderen, vom Richter in jedem Falle zu erteilenden Instruction beteiligen müssen, was übrigens auch für den gem. dtsch. Civilproc. nicht gerade eine ausgemachte Sache ist. S. darüber Glaproth l. c. II. § 304. 305; Schneider l. c. § 572; Schmid l. c. II. § 155. i. f. u. § 156; Bayer l. c. S. 974; Langenbeck l. c. S. 587 u. ff.; Wetzell l. c. S. 477; Endemann Civilproc. § 214. II.; Renaud l. c. § 215 i. f.

[8]) Wie solches nach gem. dtsch. Civilproc. zulässig ist. S. Langenbeck l. c. S. 594. b.; Wetzell l. c. S. 477; Endemann Civilproc. § 214. III.; Renaud l. c. § 215 i. f.

als Beweismittel, sondern als Gehilfen des Richters zugezogen werden[2]), sind im Wesentlichen eben diejenigen, durch welche im inquisitorischen Strafverfahren die Beweisführung überhaupt bestimmt ist und welche daher hier auch dann maßgebend sind, wenn der Sachverständige rein dazu verwendet wird, um durch sein Gutachten über eine Thatsache den erforderlichen Beweis zu erbringen. Ob also, wieviele und welche Sachverständige einzuvernehmen, über welche Punkte Gutachten derselben zu fordern sind, das ist hier in jedem Falle lediglich Gegenstand richterlicher Reflexion und Anordnung, wofür Anträge des Beschuldigten wol veranlassend, ja soweit sie in das Bereich des ihm vom canon. Rechte in ausgedehntem Maße gewährleisteten Verteidigungsrechtes fallen, sogar in einer den Richter verpflichtenden Weise anregend, aber nie bedingend oder maßgebend sein können, wie dieß auch schon bei Zeugen der Fall ist. Ebenso hat das weitere Verfahren mit Sachverständigen, ihre Beeidigung, Vernehmung, die Feststellung ihrer Aussage in der oben Cap. 2 unter b.) dargestellten Weise zu erfolgen[3]) und dieß gilt namentlich auch von der stringenten Verpflichtung des Richters, hiebei das Verteidigungsrecht des Beschuldigten stets gewissenhaft im Auge zu behalten und ihm Person und Gutachten der vernommenen Sachverständigen genau bekannt zu geben, damit er sich auch dagegen in vollem Umfange verteidigen könne. Denn, wenngleich c. 18. X. de homicidio vol. (5. 12.) gar keine Bestimmung darüber enthält, auf welchem Wege der Richter zu dem da erwähnten „judicium peritorum medicorum“ zu gelangen und wie er damit weiter vorzugehen hat, so kann es doch nach der Bedeutung der diesem judicium unterstellten Fragen und nach der allgemeinen Anordnung des c. 24. X. de accus. (5. 1.): „et exponenda sunt ei (contra quem facienda est inquisitio) illa capitula, de quibus fuerit inquirendum, ut facultatem habeat defendendi se ipsum“ keinem Zweifel unterliegen, daß auch die durch dieses judicium gewonnene **assertio**, daß „talis percussio non fuit letalis“, unter die weitere Bestimmung des cit. c. 24. X. (5. 1.) falle. Die besondere Natur der Thätigkeit der Sachverständigen muß zwar auch hier bewirken, daß sich das Verfahren mit denselben in manchen Beziehungen, namentlich rücksichtlich der Notwendigkeit besonderer Untersuchungen oder Vorkehrungen zum Behufe der Erstattung des Gutachtens, rücksichtlich der Art der Abgabe desselben u. dgl. anders gestaltet, als das gewönliche Verfahren mit Zeugen[4]) und es haben daher die unter a.) dargestellten Modificationen auch hier volle Anwendung. Doch die Besonderheiten, welche im Civilprocesse das Verfahren mit Sachverständigen gegenüber

[2]) S. die Citate oben unter a.) Note 13.

[3]) Vgl. Mittermaier Beweisl. § 28. Strafverf. I. § 93; Zachariae l. c. II. § 102. VI. u. VII.-§ 144. I; Planck l. c. § 131.

[4]) „Mit Grund ist indeß bereits darauf hingewiesen, daß selbst die ganz gleiche formale Behandlung (Vernehmung) der Sachverständigen und der Zeugen ihre Bedenken hat; noch viel weniger können aber die natürlichen Prüfungsrücksichten für Beurteilung des Wertes ihrer Erklärungen als identisch betrachtet werden.“ Zachariae an der letzten oben Note 3. cit. Stelle.

dem gewönlichen Zeugenbeweisverfahren kennzeichnen, treten hier nicht so scharf hervor, weil hier auch schon das gewönliche Zeugenbeweisverfahren der Leitung und dem officiellen Eingreifen des Richters derart überwiesen ist, daß solche Erscheinungen gar nicht als Modificationen oder Abweichungen von dem letzteren Beweisverfahren bezeichnet werden können. Soweit der Sachverständige nicht zum Zwecke des Beweises über eine bestimmte Thatsache, sondern zu anderweitigen Erhebungen und Beurteilungen herangezogen wird, kann selbst die Grenze der unter a.) bezeichneten Besonderheiten nach Befinden des Richters ohneweiters überschritten werden, indem z. B. der Richter auch gegenseitige Besprechung oder Beratung der zugezogenen Sachverständigen und darnach Erstattung eines gemeinschaftlichen Gutachtens und Aehnl. zulassen oder selbst anordnen kann, wenn nur das Verteidigungsrecht des Beschuldigten keine Beeinträchtigung erleidet. Denn in dieser Verwendung üben die Sachverständigen in der That einen Teil der allgemeinen richterlichen Thätigkeit, für deren Art und Form natürlich nicht die Normen eines bestimmten Beweisverfahrens, sondern nur das auf vollständige und gewissenhafte Erfüllung seiner Amtspflichten abzielende Ermessen des Richters entscheidend ist.

c.) Im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten.

Die Stellen, in welchen das canon. Recht den Beweis durch Sachverständige ausdrücklich erwähnt, betreffen vorzugsweise diese Art des Verfahrens [1]), weil sich eben hier, u. z. im Eheprocesse sehr häufig solche Fragen ergeben, welche nur auf Grund von Gutachten Sachverständiger entschieden werden können. So wenig diese Bestimmungen nun auch über die Art, wie der Richter zu dem da geforderten Gutachten der Sachverständigen zu gelangen und wie er damit weiter zu verfahren hat, enthalten, so reichen sie (namentlich c. 14. X. de prob; c. 6. u. 7. X. de frig. cit.) doch in Verbindung mit den durch die Natur der Sache gebotenen Erwägungen vollkommen aus, um das hier unter b.) dargestellte Beweisverfahren für die Behandlung und Entscheidung aller derjenigen Fragen dieser Verfahrensart zu bestätigen, welche den rechtlichen Bestand des Spirituellen (der Ehe u. dgl.) oder die wesentlichen Wirkungen desselben betreffen [2]). Nur solche Fragen behandeln die sämmtlichen citirten Quellenstellen und sind daher nicht zu beziehen auf Verhandlung und Entscheidung jener in dieser Proceßart gleichfalls hervortretenden Fragen, welche mit dem Spirituellen zwar im sachlichen Zusammenhange stehen, aber weder das Spirituelle selbst berühren, noch als wesentliche Wirkung desselben sich ergeben (z. B.

[1]) S. c. 4. 5. C. 27. q. 1; c. 4. 14. X. de probat. (2. 19.); c. 6. 7. X. de frig. (4. 15.). Sonst wird nur einmal in einer „quaestio de finibus exorta“ der „definitio agrimensoris“ (c. 9. X. de praesumt. 2. 26.) und in einem Straffalle des „judicium peritorum medicorum“ (c. 18. X. de homic. 5. 12.) noch gedacht.

[2]) Vgl. Schulte Handbuch des kath. Eherechts. S. 96. u. ff.; Darstellung des Proc. v. d. kath. geistl. Eheger. Oesterr. S. 181—183.

vermögensrechtliche Fragen im Nullitäts-, wie im Ehescheidungsprocesse). Für die Behandlung dieser Proceßpunkte gelten überhaupt[3]) die Grundsätze des Civilprocesses und es hat daher, wenn hiefür (z. B. über Meliorationen von Grundstücken bei der Vermögensauseinandersetzung, Wertbestimmungen u. dgl.) ein Sachverständigenbeweis erforderlich wird, das unter s.) erörterte Verfahren in Anwendung zu kommen.

---

4. Capitel.

Beim Urkundenbeweise.

a.) Im Verfahren außer Straffachen.

Will die Partei einen Beweis durch Urkunden liefern, so hat sie dieß in der nemlichen Weise zu bethätigen, wie oben (II. Abschn. 2. Cap. pr.) rücksichtlich des Zeugenbeweises ausgeführt wurde. Ein besonderer Act der Anbietung des Beweises ist hier, wie dort nicht erforderlich. Der Beweisführer kann seine Urkunde und wenn er deren mehrere zum Beweise verwenden will, alle zusammen sofort vor Gericht vorlegen, u. z. solange er nicht, sei es durch ausdrückliche Renuntiation, sei es durch Ablauf des ihm etwa gesetzten peremtorischen Beweistermins mit weiterer Beweisführung präcludirt ist, bis zur conclusio in causa und ohne Rücksicht darauf, ob das die erste und einzige Beweisführung ist, die er zu unternehmen vermag, oder ob er bereits andere Beweisführungen unternommen hat, noch zu unternehmen gedenkt, oder mit solchen etwa gerade im Zuge ist[1]). Aber er kann doch auch hier den Beweis in der oben bezeichneten generellen (durch Begehren eines terminus ad probandum überhaupt, natürlich vorausgesetzt, daß

[3]) Vgl. oben II. Abschn. 1. Cap. c.) Note 1 u. 2.

[1]) c. 9. X. de fide instrum. (2. 22.); Tancredus l. c. p. 3. tit. 13. § 3; Durantis l. c. lib. II. part. II. de instrumentorum editione. § 5. pr.; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 37. pr.; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 9. X. cit. (2. 22.); Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 22. § 4. Nr. 81; J. H. Böhmer J. E. P. lib. II. tit. 22. § 11; Briegleb Summar. Proc. S. 57. 58. — Die dem Joannes Andreae irrtümlich zugeschriebene summula de processu judicii (edid. Wunderlich Basil. 1840.) kennt das c. 9. X. cit. noch nicht, sie bemerkt c. 10. § 9: „Et notandum, quod si utraque pars habet instrumenta, per quae aliquid probare intendit, debet exhibere ante publicationem testium", behandelt die Vorlage der Urkunde aber doch bei Erörterung des Beweises, während Pillius l. c. p. 1. § 3. u. Damasus l. c. tit. 9. dieselbe nur aus dem Gesichtspunkte des römischen, u. z. des Pandectenrechts (l. 1. § 1—3. D. de edendo. 2. 13. vgl. Zimmern l. c. § 134; Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 213; Keller röm. Civilproc. 5. Aufl. bearb. v. Wach S. 238.) über die mit der editio actionis, aber nicht mit dem Beweisverfahren zusammenhängende editio instrumentorum behandeln. S. dazu Schmid l. c. II. § 146. Note 1. — Der unter die termini substantiales im Verfahren bei der römischen Curie aufgenommene terminus ad producendum omnia macht die Partei auf die Verwendung von Urkunden, die ihr etwa zu Gebote stehen, noch besonders aufmerksam, bezieht sich jedoch eben nicht bloß auf Urkunden; vgl. Scaccia l. c. lib. II. cap. 3. Nr. 237 u. ff. 276 u. ff. cap. 11. Nr. 1.

dieß nicht etwa schon geschehen ist) oder speciellen Form (durch Begehren eines terminus ad producendum documenta) insbesondere anbieten und erst darnach zur Vorlage der Urkunde schreiten. Nur bringt es die Natur des Urkundenbeweises mit sich, daß sich hier die Beweisführung ohne vorhergegangene Anbietung zur vorherrschenden Regel gestaltet, wärend beim Zeugenbeweise das umgekehrte Verhältniß Platz greift. Beim Urkundenbeweise besitzt doch der Beweisführer in der Regel die Urkunde und ist daher nicht bloß in der Lage, sondern es liegt auch in seinem Interesse, dieselbe sofort vorzulegen, sobald er erkannt hat, daß er einen bestimmten Beweis führen muß und die Urkunde dazu geeignet ist. Da er im canonischen Processe dieß thun kann, so ist es natürlich, daß er es auch regelmäßig wirklich thun und die Anbietung dieses Beweises nur dann vorausschicken wird, wenn er die Urkunde nicht zur Verfügung hat, sondern sich dieselbe erst verschaffen muß. Bei Zeugen hingegen ist, wie oben (II. Abschn. 2. Cap.) ausgeführt wurde, gerade das Gegenteil der Fall; da ist der Beweisführer durch die Natur seines Beweismittels regelmäßig darauf angewiesen, den Beweis vorerst anzubieten und sich dadurch Zeit und Mittel zur Ausführung desselben zu verschaffen. Nicht eine verschiedene rechtliche Behandlung des Zeugen- und Urkundenbeweises in Betreff der Anbietung desselben ist es also, sondern die verschiedene Natur der beiden Beweismittel bewirkt es ganz unvermeidlich, daß das Beweisverfahren mit Zeugen in der Regel auch eine besondere Anbietung des Beweises enthält, in dem mit Urkunden dagegen eine solche regelmäßig nicht vorkommt[2]). Ja der Partei, welche für einen ihr im Processe etwa zufallenden Beweis Urkunden besitzt, liegt es sogar nahe, dieselben schon mit dem Vorbringen der Klage, resp. der Exceptio vorzulegen, bevor sich noch die Notwendigkeit dieser Beweisführung für sie herausgestellt hat, also die Vorlage der Urkunden zu anticipiren. Daß dieß im canon. Processe vollkommen zuläßig ist, wurde bereits oben beim Zeugenbeweisverfahren erörtert, darnach hat die Production der Urkunde ante litem contestatam nur insoferne nicht die volle Wirkung der Production im Beweisverfahren, als der Gegner nicht verpflichtet ist, sich auf dieselbe einzulassen, er kann dieselbe vollständig ignoriren, ohne sich den ihn sonst treffenden Nachteilen auszusetzen. Hat dieß der Product wirklich gethan, dann ist Producent allerdings genötigt, die Urkunde nach der Litiscontestation im regelmäßigen Gange des Beweisverfahrens nochmals zu produciren. Wenn aber der Product auf die anticipirte Vorlage irgendwie, z. B. durch Erklärung über die Echtheit, äußere Mangelhaftigkeit der Urkunde, Begehren einer Abschrift derselben u. dgl. eingegangen ist, dann hat dieß auch seine volle Wirksamkeit für das nach der Litiscontestation erst als notwendig sich ergebende Beweisverfahren und dieses braucht sich sodann an die bereits vorgenommenen Acte nur einfach anzuschließen.

[2]) Sehr richtig bemerkt schon Endemann Civilproc. § 216: „Im Uebrigen war, wie sich dieß aus dem Wesen der Urkunde ergibt, schon der italienische Proceß darauf aus, die sofortige Vorlage der Urkunden zu fördern", nur kann ich in dem dafür bezogenen c. 5. X. de fide instrum. (2. 22.) keinen Beleg dafür erkennen.

Wie immer nun der Beweisführer in der erörterten Beziehung sich verhalten mag, das, worauf es für die Beweisführung jedesfalls ankommt, ist die Vorlegung der Urkunde vor Gericht, u. z. des Originales derselben, denn nur dieses ist die Urkunde [3]). Die Vorlage einer einfachen Abschrift der Urkunde kann nur als eine indirecte Erklärung des Producenten darüber angesehen werden, was er zu beweisen gedenkt; denn die Abschrift weist doch einen bestimmten Inhalt auf und es ist beim Mangel einer abweichenden ausdrücklichen Erklärung vollkommen gerechtfertigt, anzunehmen, daß Producent eben dasjenige beweisen wolle, was sie enthält. Insoferne ist diese Vorlage auch für das Beweisverfahren nicht ohne Bedeutung. Obgleich nemlich, wie schon die Entwicklung des freilich nicht geradezu obligatorischen Positionalverfahrens sehr deutlich ergibt, im canon. Processe das entschiedene Streben nach möglichster Präcisirung nicht bloß des Beweis-, sondern des ganzen Verhandlungsmateriales vorherrscht, so ist doch, wie sich dieß schon beim Zeugenbeweise herausgestellt hat und auch hier noch herausstellen wird, die ausdrückliche, genaue und feste Bezeichnung des Beweisthema's von Seite der beweisführenden Partei bei jeder von derselben unternommenen Beweisführung kein absolut unerläßliches Requisit des Beweisverfahrens [4]). Daher ist der Richter hiernach schon vollkommen in der Lage, die Relevanz des damit beabsichtigten Beweises zu beurteilen und hat denselben kraft seines Proleßleitungsamtes sofort zurückzuweisen, wenn er erkennt, daß dasjenige, was die Partei damit zu beweisen unternimmt, für den Proceß bedeutungslos ist. Dazu bedarf er weder einer Aeußerung des Producten, weil die Ausscheidung des nicht zur Sache Gehörigen eben Amtssache ist, noch einer Vorlage der Originalurkunde, weil es auf die Frage, ob das Original existirt, ob es echt, mangelhaft ist u. dgl. eben überhaupt gar nicht ankommt, wenn evident ist, daß das, was selbst bei voller Richtigkeit Alles dessen mit der Urkunde bewiesen werden könnte, gar nicht zur Sache gehört. Aus den gleichen Gründen kann der Product auch nach der bloßen Abschriftsvorlage schon sich über die Relevanz dieser Beweisführung äußern und unter Entwicklung der dagegen bestehenden Gründe die Zurückweisung dieser Vorlage begehren, worüber der Richter sodann incidenter zu entscheiden hätte. Dringt er mit diesem Begehren durch, so fallen all die weiteren

[3]) Wie im römischen: l. 2. D. de fide instrum. (22. 4.), Bethmann-Hollweg l. c. III. S. 283, so auch im canon. Rechte: c. 1. X. de fide instrum. (2. 22.) Vgl. Pillius l. c. p. 1. § 3; Tancredus l. c. p. 3. tit. 13. § 4; Gratia l. c. p. 2. tit. 7; Durantis l. c. lib. II. part. 2. de instrum. edit. § 6. Nr. 1, 9; Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 6. Nr. 157; Scaccia l. c. lib. II. cap. 11. Nr. 22; Gonzalez-Tellez l. c. Comment. ad c. 1. X. cit. (2. 22.) Nr. 12; Schmalzgrueber l. c. t. III. tit. 22. § 4. Nr. 85; J. H. Böhmer J. E. P. II. 22. § 13.

[4]) In den Beilagen Nr. 46. 55. 56. 60. u. a. erfolgt die Vorlage der Urkunde ausnamslos ohne specielle Präcisirung dessen, was die Partei damit zu beweisen unternimmt, sondern nur mit der allgemeinen Erklärung: „pro favore jurium suorum produxit instrum." u. ähnl. Ebenso lauten die Formeln für die Urkundenproduction bei Gratia l. c. u. Durantis l. c. (in voriger Note) nur: „Ad probandum de jure meo produco" etc.

dieß nicht etwa schon geschehen ist) oder speciellen Form (durch Begehren eines terminus ad producendum documenta) insbesondere anbieten und erst darnach zur Vorlage der Urkunde schreiten. Nur bringt es die Natur des Urkundenbeweises mit sich, daß sich hier die Beweisführung ohne vorhergegangene Anbietung zur vorherrschenden Regel gestaltet, wärend beim Zeugenbeweise das umgekehrte Verhältniß Platz greift. Beim Urkundenbeweise besitzt doch der Beweisführer in der Regel die Urkunde und ist daher nicht bloß in der Lage, sondern es liegt auch in seinem Interesse, dieselbe sofort vorzulegen, sobald er erkannt hat, daß er einen bestimmten Beweis führen muß und die Urkunde dazu geeignet ist. Da er im canonischen Processe dieß thun kann, so ist es natürlich, daß er es auch regelmäßig wirklich thun und die Anbietung dieses Beweises nur dann vorausschicken wird, wenn er die Urkunde nicht zur Verfügung hat, sondern sich dieselbe erst verschaffen muß. Bei Zeugen hingegen ist, wie oben (II. Abschn. 2. Cap.) ausgeführt wurde, gerade das Gegenteil der Fall; da ist der Beweisführer durch die Natur seines Beweismittels regelmäßig darauf angewiesen, den Beweis vorerst anzubieten und sich dadurch Zeit und Mittel zur Ausführung desselben zu verschaffen. Nicht eine verschiedene rechtliche Behandlung des Zeugen- und Urkundenbeweises in Betreff der Anbietung desselben ist es also, sondern die verschiedene Natur der beiden Beweismittel bewirkt es ganz unvermeidlich, daß das Beweisverfahren mit Zeugen in der Regel auch eine besondere Anbietung des Beweises enthält, in dem mit Urkunden dagegen eine solche regelmäßig nicht vorkommt[2]). Ja der Partei, welche für einen ihr im Processe etwa zufallenden Beweis Urkunden besitzt, liegt es sogar nahe, dieselben schon mit dem Vorbringen der Klage, resp. der Exceptio vorzulegen, bevor sich noch die Notwendigkeit dieser Beweisführung für sie herausgestellt hat, also die Vorlage der Urkunden zu anticipiren. Daß dieß im canon. Processe vollkommen zuläßig ist, wurde bereits oben beim Zeugenbeweisverfahren erörtert, darnach hat die Production der Urkunde ante litem contestatam nur insoferne nicht die volle Wirkung der Production im Beweisverfahren, als der Gegner nicht verpflichtet ist, sich auf dieselbe einzulassen, er kann dieselbe vollständig ignoriren, ohne sich den ihn sonst treffenden Nachteilen auszusetzen. Hat dieß der Product wirklich gethan, dann ist Producent allerdings genötigt, die Urkunde nach der Litiscontestation im regelmäßigen Gange des Beweisverfahrens nochmals zu produciren. Wenn aber der Product auf die anticipirte Vorlage irgendwie, z. B. durch Erklärung über die Echtheit, äußere Mangelhaftigkeit der Urkunde, Begehren einer Abschrift derselben u. dgl. eingegangen ist, dann hat dieß auch seine volle Wirksamkeit für das nach der Litiscontestation erst als notwendig sich ergebende Beweisverfahren und dieses braucht sich sodann an die bereits vorgenommenen Acte nur einfach anzuschließen.

[2]) Sehr richtig bemerkt schon Endemann Civilproc. § 216: „Im Uebrigen war, wie sich dieß aus dem Wesen der Urkunde ergibt, schon der italienische Proceß darauf aus, die sofortige Vorlage der Urkunden zu fördern", nur kann ich in dem dafür bezogenen c. 5. X. de fide instrum. (2. 22.) keinen Beleg dafür erkennen.

Originalurkunde benimmt sonach der Partei, welche dieselbe für den ihr obliegenden Beweis hätte benützen können und nicht einmal eine beglaubigte Abschrift davon besitzt oder herbeizuschaffen vermag, eben die Möglichkeit, Urkundenbeweis zu führen, sie muß die Thatsache, welche sie durch die verlorene Urkunde hätte beweisen können, eben auf andere Weise darthun[6]). Der Umstand, daß einmal eine Originalurkunde mit bestimmtem Inhalte existirte, kann zwar im Processe überhaupt in mancherlei Richtung, weil z. B. die Giltigkeit des Rechtsgeschäftes von der Eingehung desselben in schriftlicher Form abhängig ist u. dgl. sehr wesentlich sein und demnach auch den Gegenstand besonderer Beweisführung bilden[7]), aber für die Herstellung jenes Beweises, zu welchem die Urkunde ihrem Inhalte nach lediglich als Beweismittel hätte verwendet werden können, hat dieser Umstand an und für sich keine Bedeutung. Denn die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit bestimmter im Processe zu erweisender Thatsachen kann durch den Umstand, daß die beweispflichtige Partei einmal Originalurkunden in Händen hatte, welche ihm Ueberzeugungsgründe hätten liefern können, weder begründet, noch gefördert werden. Daher kann auch der Beweis dieses Umstandes die zu dieser Ueberzeugung notwendige Beweisführung weder ersetzen, noch unterstützen, da eben die Frage, ob die abhanden gekommene Urkunde zur Begründung der richterlichen Ueberzeugung geeignet und ausreichend gewesen wäre, nunmehr bei der formellen Natur dieses Beweismittels mit irgendwelcher Sicherheit gar nicht lösbar ist[8]). Nun bestimmt allerdings das römische Recht,

---

[6]) l. 17. C. de pactis. (2. 3.); l. l. 5. 7. 10. 11. 13. C. h. t. (4. 21); Tancredus l. c. p. 3. tit. 13. § 6 i. f.; Durantis l. c. lib. II. p. 2. de instrum. edit. § 8. Nr. 20; lib. I. p. 1. de legato. § 4. Nr. 17; lib. II. p. 2. de probat. § 3. Nr. 1. Gegenüber dem als „validum argumentum contra" angeführten c. 12. X. de privil. (5. 33.) bemerkt schon Tancredus l. c.: „sed potest illi decretali congrue responderi", vgl. dazu Glosse ad c. 12. X. cit. voce: „sine reprehensione" u. c. 16. X. de sent. et re jud. (2. 27.) bezeichnet Renaud l. c. § 124. Note 1 als nicht dagegen sprechend. Ueber beide Stellen s. die folgende Note. Der Gegenstand der nach dem Texte erforderlichen Beweisführung ist nicht der Inhalt der verlorenen Urkunde, sondern die im concreten Falle eben für den Proceß relevante Thatsache und es braucht nicht erst hervorgehoben zu werden, daß dafür alle überhaupt geeigneten Beweismittel auch verwendbar sind.

[7]) Vgl. Endemann Beweislehre. § 91; Renaud l. c. § 124. Hieher gehört auch c. 16. X. de sent. et re jud. (2. 27.) u. c. 12. X. de privil. (5. 33.). In welcher Art, resp. mit welchen Mitteln dieser Beweis erbracht werden kann, bestimmt sich nach der Natur des zu Erweisenden und der Eignung des Mittels, wie bei jeder anderen Beweisführung; dießfällige Erörterungen der älteren Doctrin s. bei Mascardus l. c. Vol. II. concl. 910. 911. u. bei den von Endemann l. c. Citirten.

[8]) Schon Durantis l. c. lib. II. p. 2. de instrum. edit. § 8. Nr. 20 hebt hervor: „... non prodest mihi probare amissionem et etiam ejus tenorem ... secundum Tanc. et Azo. et Vinc. ..., quia fides instrumenti poterat multipliciter annullari" Für den Gerichtsgebrauch, welcher dießfalls eine Ausnahme insoferne gestattet, als bei bescheinigtem unverschuldeten Verluste oder Untergange des Documents der Beweis statt auf die processualisch relevanten Thatsachen selbst auf Inhalt und Echtheit des Documentes gerichtet werden

daß das, was durch den behaupteten Inhalt einer in Verlust gerathenen Urkunde hätte bewiesen werden können, auch wirklich als erwiesen gelten solle, wenn der Beweisführer darthut, daß der Verlust der Urkunde durch ein dolofes Vorgehen des Gegners verschuldet worden ist[9]) und diese Bestimmung ist auch für den canonischen Proceß maßgebend[10]), allein dieselbe beruht keineswegs auf der Anschauung, daß der so bewiesene Umstand für den eigentlich zu erbringenden Beweis, zu welchem die verlorene Urkunde hätte verwendet werden können, in der That entscheidend und ausreichend sei, sondern sie trägt lediglich den Charakter einer nicht gerade glücklich gewälten Strafbestimmung gegen das dolose Verhalten des Producten[11]). Sie betrachtet die erwiesene Verschuldung des Urkundenverlustes von Seite des Gegners selbst als ein starkes Anzeichen[12]) für die gegen denselben gerichtete Beweiskraft der beseitigten Urkunde und glaubt nun eine angemessene, weil aus der Handlungsweise des Producten selbst abgeleitete Bestrafung dieses Verschuldens in der gesetzlichen Anname zu finden, daß der Beweis, welchen die Urkunde ihrem behaupteten Inhalte nach hätte erbringen können, wirklich erbracht sei. Eine solche strafweise constituirte gesetzliche Anname steht mit dem oben Gesagten in keinerlei Widerspruche.

Weiß hingegen die Partei, welche ihren Beweis mit einer Urkunde erbringen will, daß das ihr fehlende Original existirt und wo sich dasselbe befindet, so kann sie sich die zur Herbeischaffung desselben erforderliche Zeit durch die erörterte vorläufige Anbietung des Urkundenbeweises verschaffen[13]) und die Möglichkeit, denselben durchzuführen, hängt natürlich davon ab, ob ihr diese Herbeischaffung gelingt oder nicht. Bedarf und begehrt sie dazu eine Mitwirkung des

---

kann (s. Renaud l. c. § 124 und die Note 3 Citirten), bietet der canonische Proceß keinen Anhaltspunkt.

[9]) l. 2. § 1. D. de jure fisci. (49. 14.); l. 20. C. de probat. (4. 19.). S. Bethmann-Hollweg l. c. III S. 283; Schmid l. c. II. § 147. Note 28 und die bei Renaud l. c. § 124. Note 4 Citirten; Renaud selbst u. Briegleb vermischte Abhdl. S. 98 ff. jedoch dagegen. Gegen die Notwendigkeit eines besonderen Eides zur Bestärkung des Inhaltes s. Wetzell l. c. S. 221. Note 99.

[10]) S. Tancredus l. c. p. 3. tit. 13. § 6 i. f.; Durantis l. c. § 8. Nr. 20., die dieß jedoch auf jeden überhaupt durch ein „vitium" des Gegners herbeigeführten Verlust ausdehnen. Aehnlich Gensler im civil. Arch. Bd. I. S. 57. Note *).

[11]) Wie schon die Glosse ad c. 12. X. de privilegiis. (5. 33.) v. „sine reprehensione" hervorhebt: „sed hoc est in odium illius, qui fuit instrumentum furatus, alias non sufficit probare solam amissionem." Vgl. auch Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 22. § 4. Nr. 92, dessen „excipitur" gar nicht hieher gehört.

[12]) „. . . non est indiciis aliis opus, sed instrumentorum furtum monstrare sufficit" sagt l. 20. C. cit. (4. 19.).

[13]) In den Beilagen Nr. 55. 56. 58 wird die Urkunde zuerst „oretenus" und erst später „actualiter" producirt. Dieß ist offenbar ein Behelf der Praxis für den Fall, daß die Partei die zu ihrer Verfügung stehende Urkunde nur augenblicklich nicht bei sich hat und in kürzester Zeit vorzulegen im Stande ist; selbstverständlich können weitere Schritte sich nur an das „actualiter producere" anschließen.

Richters, so muß sie allerdings sogleich bei der Anbietung oder sodann bei Stellung dieses Begehrens die Urkunde, um die es sich handelt, genau bezeichnen und durch Vorlage einer Abschrift oder andere glaubhafte Angabe des Inhaltes die Relevanz der intendirten Beweisführung darthun, widrigens der Richter die ihm sonst obliegende Mitwirkung ohneweiters versagen dürfte [14]). Begehrt sie aber eine solche Mitwirkung nicht, so genügt auch die ganz einfache Beweisanbietung durch Begehren eines terminus ad probandum überhaupt oder ad producendum instrumenta und es könnte sich die Notwendigkeit der bezeichneten Angaben nur zu dem Behufe herausstellen, um den Richter abzuhalten, die Verzögerung der Urkundenvorlage als Verschleppungstendenz zu betrachten und dieselbe auf Begehren des Gegners oder auch von Amtswegen durch Stellung eines peremtorischen Termins abzuschneiden. Diese Intervention des Proceßrichters behufs Herbeischaffung der Urkunde kann der Beweisführer nur beanspruchen, wenn sich die Urkunde bei den Acten des Proceßgerichtes selbst oder einer anderen der Einwirkung desselben zugänglichen öffentlichen Behörde befindet [15]), oder wenn derjenige, in dessen Besitz sie sich befindet, aus processualischen oder anderen Gründen öffentlichrechtlicher Natur zur Herausgabe (Edition) derselben verpflichtet ist [16]). Handelt es sich dagegen behufs Herbeischaffung der Urkunde um Geltendmachung und Durchsetzung eines materiellen Anspruches auf Restitution oder Exhibition der Urkunde, so ist dieß eine den Proceßrichter, vor welchem der Beweis mit derselben geführt werden will, an sich gar nicht berührende Sache, mit welcher er sich nur dann, u. z. selbstständig und abgesondert zu befassen hat, wenn seine Competenz dafür besonders begründet ist [17]), sonst hat er dem diesen Anspruch verfolgenden Beweisführer allenfalls

---

[14]) Vgl. Bopp in der Zeitschr. f. CivilR. u. Proc. Bd. 5. S. 140 u. ff. u. die da S. 141. Note 2 Citirten, sowie Schmid l. c. II. § 147. Note 2; Bayer l. c. S. 966. 1; Langenbeck l. c. S. 716. 723.

[15]) l. 45. § 8. D. de jure fisci (49. 14.); l. 2. C. de edendo. (2. 1.); l. 4. C. de fide instrum. (4. 21.); c. 11. X. de probat. (2. 19.); Vgl. Linde l. c. § 279. 3; Hefftter l. c. § 252; Schmid l. c. II. § 146. 4; Wetzell l. c. S. 223. Note 107; Endemann Beweislehre. S. 430. 432. Civilproc. § 217. I. B. 1; Renaud l. c. § 212.

[16]) Ueber Urkundenedition überhaupt und namentlich betreffs der wesentlichen Unterscheidung zwischen den materiellen und processualischen Gründen der Editions-, Exhibitions- resp. Restitutionsverbindlichkeit s. Langenbeck l. c. S. 698 u. ff. u. meinen Aufsatz: „Ueber Urkundenedition im Civilproc." in der österreich. Zeitschrift für Notariat und freiwill. Gerichtsbkt. Jahrgang 1872. Nr. 1—5. Aeltere Literatur bei Osterloh l. c. II. § 272. Note 1. Ueber die Unterscheidung der hier besprochenen Edition im Beweisverfahren von der mit der editio actionis in Verbindung stehenden editio instrumentorum s. Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 213; Zimmern l. c. § 134; M. Mittermaier Ueber die Gründe der Verpflichtung zur Edition v. Urk. im C. P. (Heidelberg 1835.) S. 62.

[17]) Vgl. Schmid l. c. II. § 147; Bayer l. c. S. 967; Wetzell l. c. S. 223; Endemann Civilproc. § 217. II B; Renaud l. c. § 126. pr. Am Schärfsten betont die Selbstständigkeit des Editionsprocesses in dem besprochenen Falle Langenbeck l. c. S.

gegen Nachweis des ordnungsmäßigen Betriebes dieser selbstständigen Proceßsache nur die dazu erforderliche Zeit durch Verlängerung des Beweis- resp. Productionstermines zu gewähren, bis über den Anspruch und damit über die Möglichkeit der Verwendung der betreffenden Urkunde in dem anhängigen Processe endgiltig entschieden ist.

In dem oben zuerst genannten Falle hat der Beweisführer unter Bezeichnung der Behörde, bei welcher die Urkunde sich befindet, das Begehren dahin zu stellen, daß der Richter die Beistellung der Urkunde im amtlichen Wege veranlasse und die Intervention des Richters besteht darin, daß er dieselbe entweder aus den Gerichtsacten ausheben läßt oder von der betreffenden Behörde requirirt [18]). Im anderen Falle hat der Beweisführer den Besitzer der Urkunde genau zu bezeichnen und unter Darlegung der Gründe, auf welchen die behauptete Verbindlichkeit desselben zur Edition beruht, das Begehren dahin zu stellen, daß ihn der Richter zur Herausgabe und Vorlage der Urkunde verhalte [19]). Dieses Begehren kann sofort mit der Anbietung des Beweises oder in dem zur Production gesetzten Termine, es kann in schriftlichem Gesuche oder mündlich gestellt werden. In Ansehung der Gründe nun, welche den Besitzer einer Urkunde, ohne einen dem Beweisführer zustehenden materiellen Anspruch auf die Urkunde selbst, lediglich aus processualischen oder anderen Gründen des öffentlichen Rechts zur Herausgabe derselben verpflichten sollen, hat das canonische Recht, abgesehen von dem sogleich zu erörternden c. 1. § 1. in Clem. de usur. (5. 5.) gar

---

715. Note a, doch läßt sich auch dann, wenn der Editionsproceß zwischen der Partei und ihrem Gegner im Hauptprocesse (dem Producten) entsteht und sonach als Incidenzstreit geführt wird (formell, d. i. in Bezug auf die processualische Verbindung ist da die Editionssache allerdings immer Incidenzpunkt, materiell aber, d. i. in Bezug auf den Zusammenhang der im Haupt- und im Editionsprocesse verhandelten Sache ist sie dieß keineswegs immer oder auch nur regelmäßig), — nicht ohneweiters sagen, daß sich der Gegner im Hauptprocesse (Product) „die Hemmung seines Rechtsstreites bis zur Erledigung des Editionsprocesses gefallen lassen" müsse. Denn der dagegen sprechende Grund, daß es Sache des Beweisführers ist, sich seine Beweismittel zu rechter Zeit zu verschaffen, trifft auch in diesem Falle vollkommen zu. Doch dieser Gesichtspunkt ist hier nicht entscheidend. Die Frage, ob dem Beweisführer im Hauptprocesse zur Production des Originals so viel Zeit zu gewähren sei, bis der Editionsproceß durchgeführt ist, ist in jedem Falle, mag letzterer wider den Proceßgegner selbst oder gegen Dritte geführt werden, wenigstens nach der Gestaltung des canon. Processes Gegenstand des richterlichen Ermessens, gehört zum Proceßleitungsamte. Findet der Richter genügende Gründe hiezu, von deren Widerlegung oder Erschütterung der Gegner ja nicht ausgeschlossen ist, dann muß sich der Gegner diese Hemmung des Proc. ebenso, wie eine andere durch proceßleitende Bestimmung des Richters bewirkte gefallen lassen.

[18]) Es ist offenbar die amtliche Stellung des Besitzers der Urkunde, auf Grund welcher in Nr. 56 der Beilagen „litere preceptorie (ad eum) pro instrumento dicte collationis exhibendo" begehrt werden. Richter scheint das Begehren als begründet erkannt zu haben, da er Abschrift bewilligt „cum (jura producta) fuerint realiter exhibita."

[19]) Daß eine Bescheinigung des behaupteten Besitzes hiezu weder nach gesetzlicher Bestimmung, noch nach allgem. processual. Grundsätzen erforderlich ist, darüber s. Bopp in der

Richters, so muß sie allerdings sogleich bei der Anbietung oder sodann bei Stellung dieses Begehrens die Urkunde, um die es sich handelt, genau bezeichnen und durch Vorlage einer Abschrift oder andere glaubhafte Angabe des Inhaltes die Relevanz der intendirten Beweisführung darthun, widrigens der Richter die ihm sonst obliegende Mitwirkung ohneweiters versagen dürfte [14]). Begehrt sie aber eine solche Mitwirkung nicht, so genügt auch die ganz einfache Beweisanbietung durch Begehren eines terminus ad probandum überhaupt oder ad producendum instrumenta und es könnte sich die Notwendigkeit der bezeichneten Angaben nur zu dem Behufe herausstellen, um den Richter abzuhalten, die Verzögerung der Urkundenvorlage als Verschleppungstendenz zu betrachten und dieselbe auf Begehren des Gegners oder auch von Amtswegen durch Stellung eines peremtorischen Termins abzuschneiden. Diese Intervention des Proceßrichters behufs Herbeischaffung der Urkunde kann der Beweisführer nur beanspruchen, wenn sich die Urkunde bei den Acten des Proceßgerichtes selbst oder einer anderen der Einwirkung desselben zugänglichen öffentlichen Behörde befindet [15]), oder wenn derjenige, in dessen Besitz sie sich befindet, aus processualischen oder anderen Gründen öffentlichrechtlicher Natur zur Herausgabe (Edition) derselben verpflichtet ist [16]). Handelt es sich dagegen behufs Herbeischaffung der Urkunde um Geltendmachung und Durchsetzung eines materiellen Anspruches auf Restitution oder Exhibition der Urkunde, so ist dieß eine den Proceßrichter, vor welchem der Beweis mit derselben geführt werden will, an sich gar nicht berührende Sache, mit welcher er sich nur dann, u. z. selbstständig und abgesondert zu befassen hat, wenn seine Competenz dafür besonders begründet ist [17]), sonst hat er dem diesen Anspruch verfolgenden Beweisführer allenfalls

---

[14]) Vgl. Bopp in der Zeitschr. f. CivilR. u. Proc. Bd. 5. S. 140 u. ff. u. die da S. 141. Note 2 Citirten, sowie Schmid l. c. II. § 147. Note 2; Bayer l. c. S. 966. 1; Langenbeck l. c. S. 716. 723.

[15]) l. 45. § 8. D. de jure fisci (49. 14.); l. 2. C. de edendo. (2. 1.); l. 4. C. de fide instrum. (4. 21.); c 11. X. de probat. (2. 19.); Vgl. Linde l. c. § 279. 3; Hefftter l. c. § 252; Schmid l. c. II. § 146. 4; Wetzell l. c. S. 223. Note 107; Endemann Beweislehre. S. 430. 432. Civilproc. § 217. I. B. 1; Renaud l. c. § 212.

[16]) Ueber Urkundenedition überhaupt und namentlich betreffs der wesentlichen Unterscheidung zwischen den materiellen und processualischen Gründen der Editions-, Exhibitions- resp. Restitutionsverbindlichkeit s. Langenbeck l. c. S. 698 u. ff. u. meinen Aufsatz „Ueber Urkundenedition im Civilproc." in der österreich. Zeitschrift für Notariat und freiwill. Gerichtsbkt. Jahrgang 1872. Nr. 1—5. Aeltere Literatur bei Osterloh l. c. II. § 273. Note I. Ueber die Unterscheidung der hier besprochenen Edition im Beweisverfahren von der mit der editio actionis in Verbindung stehenden editio instrumentorum s. Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 213; Zimmern l. c. § 134; M. Mittermaier Ueber die Gründe der Verpflichtung zur Edition v. Urk. im C. P. (Heidelberg 1835.) S. 62.

[17]) Vgl. Schmid l. c. II. § 147; Bayer l. c. S. 967; Wetzell l. c. S. Endemann Civilproc. § 217. II. B; Renaud l. c. § 126. pr. Am Schlusse die Selbstständigkeit des Editionsprocesses in dem besprochenen Falle Langenb

gegen Nachweis des ordnungsmäßigen Betriebes dieser selbstständigen Proceßsache nur die dazu erforderliche Zeit durch Verlängerung des Beweis- resp. Productionstermines zu gewähren, bis über den Anspruch und damit über die Möglichkeit der Verwendung der betreffenden Urkunde in dem anhängigen Processe endgiltig entschieden ist.

In dem oben zuerst genannten Falle hat der Beweisführer unter Bezeichnung der Behörde, bei welcher die Urkunde sich befindet, das Begehren dahin zu stellen, daß der Richter die Beistellung der Urkunde im amtlichen Wege veranlasse und die Intervention des Richters besteht darin, daß er dieselbe entweder aus den Gerichtsacten ausheben läßt oder von der betreffenden Behörde requirirt[18]). Im anderen Falle hat der Beweisführer den Besitzer der Urkunde genau zu bezeichnen und unter Darlegung der Gründe, auf welchen die behauptete Verbindlichkeit desselben zur Edition beruht, das Begehren dahin zu stellen, daß ihn der Richter zur Herausgabe und Vorlage der Urkunde verhalte[19]). Dieses Begehren kann sofort mit der Anbietung des Beweises oder in dem zur Production gesetzten Termine, es kann in schriftlichem Gesuche oder mündlich gestellt werden. In Ansehung der Gründe nun, welche den Besitzer einer Urkunde, ohne einen dem Beweisführer zustehenden materiellen Anspruch auf die Urkunde selbst, lediglich aus processualischen oder anderen Gründen des öffentlichen Rechts zur Herausgabe derselben verpflichten sollen, hat das canonische Recht, abgesehen von dem sogleich zu erörternden c. 1. § 1. in Clem. de usur. (5. 5.) gar

---

715. Note u, doch läßt sich auch dann, wenn der Editionsproceß zwischen der Partei und ihrem Gegner im Hauptprocesse (dem Producten) entsteht und sonach als Incidenzstreit geführt wird (formell, d. i. in Bezug auf die processualische Verbindung ist da die Editionssache allerdings immer Incidenzpunkt, materiell aber, d. i. in Bezug auf den Zusammenhang der im Haupt- und im Editionsprocesse verhandelten Sache ist sie dieß keineswegs immer oder auch nur regelmäßig), — nicht ohneweiters sagen, daß sich der Gegner im Hauptprocesse (Product) „die Hemmung seines Rechtsstreites bis zur Erledigung des Editionsprocesses gefallen lassen" müsse. Denn der dagegen sprechende Grund, daß es Sache des Beweisführers ist, sich seine Beweismittel zu rechter Zeit zu verschaffen, trifft auch in diesem Falle vollkommen zu. Doch dieser Gesichtspunkt ist hier nicht entscheidend. Die Frage, ob dem Beweisführer im Hauptprocesse zur Production des Originals so viel Zeit zu gewähren sei, bis der Editionsproceß durchgeführt ist, ist in jedem Falle, mag letzterer wider den Proceßgegner selbst oder gegen Dritte geführt werden, wenigstens nach der Gestaltung des canon. Processes Gegenstand des richterlichen Ermessens, gehört zum Proceßleitungsamte. Findet der Richter genügende Gründe hiezu, von deren Widerlegung oder Erschütterung der Gegner ja nicht ausgeschlossen ist, dann muß sich der Gegner diese Hemmung des Proc. ebenso, wie eine andere durch proceßleitende Bestimmung des Richters bewirkte gefallen lassen.

[18]) Es ist offenbar die amtliche Stellung des Besitzers der Urkunde, auf Grund welcher in Nr. 56 der Beilagen „litere preceptorie (ad eum) pro instrumento dicto collationis exhibendo" begehrt werden. Richter scheint das Begehren als begründet erkannt zu haben, da er Abschrift bewilligt, „cum (jura producta) fuerint realiter exhibita."

[19]) Daß eine Bescheinigung des behaupteten Besitzes hiezu weder nach gesetzlicher Bestimmung, noch nach allgem. processual. Grundsätzen erforderlich ist, darüber s. Bopp in der

keine selbstständige Bestimmung getroffen[20]), es sind daher für den canonischen Proceß nur die dießfälligen Anordnungen des römischen Rechts maßgebend, u. z. auch von diesen nur jene, die eben zur Zeit der Ausbildung des canon. Processes erkannt waren und daher auch aufgenommen werden konnten. Da ist nun vor Allem jene ausgedehnte, allgemeine Editionspflicht, welche Justinian in l. 22. C. de fide instrum. (4. 21.) in Geltendmachung einer vollen Analogie mit der allgemeinen Verpflichtung zur Zeugenaussage (also aus rein processualischen Rücksichten) verordnete[21]), aus der Geltung für den canonischen Proceß ganz auszuscheiden. Denn diese Constitution ist nicht glossirt, sie wurde erst durch Cujacius (observat. lib. 10. cap. 8.) aus den Basiliken restituirt, in der Entwicklung des canonischen Processes also gar nicht berücksichtiget und hat da solche Berücksichtigung auch später nicht gefunden[22]). Anders verhält es sich dagegen

a) mit den in l. 5. 6. 8. C. de edendo (2. 1.) getroffenen Bestimmungen, wornach der Kläger als solcher (also schon wegen seiner processualischen Stellung, aus rein processualischer Rücksicht) verpflichtet sein soll, dem Beklagten alle jene Urkunden herauszugeben, welche diesem zu seiner Vertheidigung dienen können. In der heutigen Rechtswissenschaft steht zwar fest, daß sich diese Bestimmungen nur auf die specifisch römischen „rationes", d. i. die auch von Privatleuten geführten Hausrechnungs- und Geschäftsbücher bei Geldforderungen beziehen und daß dieselben auch in dieser Beschränkung auf den Beklagten zu Gunsten des auf exceptiones desselben replicirenden Klägers nicht ausgedehnt werden dürfen[23]), so daß also auch diese Bestimmungen des römischen Rechts

---

Zeitschr. f. CivilR. u. Proc. Bd. 7. S. 206. u. ff.; Schmid l. c. II. § 147; Bayer l. c. S. 966; Langenbeck l. c. S. 716; Renaud l. c. § 126. Note 5.

[20]) Die Bemerkung Gimmerthal's in s. Abhandlg. über Urkundenedition im civil. Arch. Bd. 54. S. 102: „Das canon. Recht hat an den römischen Bestimmungen über diesen Punkt der Editionslehre nicht das Geringste geändert" gilt für die Editionslehre überhaupt. Dagegen ist die Bemerkung v. Schulte's Darst. des Proc. v. d. geistl. Eheger. Oesterr. S. 164. Note 1: „Das canon. R. behandelt die Editionspflicht nicht weiter, sondern setzt dieselbe aus dem röm. R. als sich von selbst verstehend voraus, wie c. 12. X. 2. 22. ergibt", unhaltbar.

[21]) S. bes. M. Mittermaier: Ueber die Gründe der Verpfl. z. Edition von Urk. im C. P. (Heidelberg 1835) S. 43 ff.; Langenbeck l. c. S. 711 u. ff.; Bangerow Pandecten III. § 708. Anm. l. 4; meinen oben cit. Aufsatz S. 4. 10 u. 11.

[22]) Gegenüber der Bemerkung Endemann's Beweislehre S. 480: „Auch hätte denn (d. i. der l. 22. C. cit.) Inhalt in die Proceßlehre der Canonisten nimmermehr gepaßt. Der Verhandlungsproceß konnte nur eine .... beschränkte Editionspflicht brauchen" ist wol hervorzuheben, daß die ganze Darlegung und Begründung Justinian's in der cit. l. 22 den Anschauungen des canon. Rechtes über Zweck und Gestaltung des Civilprocesses sehr gut entsprochen haben würde.

[23]) S. bes. Zimmern l. c. § 134; Heffter l. c. § 252; Linde l. c. 279; Goldschmidt Abhandlungen Nr. VII. S. 82; M. Mittermaier l. c. S. 48 u. ff.; Bangerow Pandecten III. § 708. Anm. II. 1; Bayer l. c. § 293; Langenbeck

für den canonischen Proceß in der That keine Bedeutung haben können, da zur Zeit der Entwicklung des letzteren die specifisch römische Sitte der Führung solcher rationes domesticae eben gar nicht mehr existirte. Allein die Doctrin der Canonisten hat auf die angeführten Stellen ohneweiters auch für den canonischen Proceß die Lehre gestützt, daß nicht bloß der Kläger verpflichtet sei, dem Beklagten alle zum Beweise seiner Einrede dienenden Urkunden zu ediren, sondern daß auch den Beklagten die gleiche Verpflichtung bezüglich der dem Kläger zum Beweise seiner Repliken dienlichen Urkunden treffe[24]) und so ist wenigstens in der Doctrin des canonischen Processes eine ziemlich weitgehende Verpflichtung zur Edition von Urkunden, welche sich sachlich nur auf die processualische Stellung des Klägers, resp. (bei vorgebrachten Exceptionen) des Beklagten gründet, stets festgehalten worden.

b.) Nach l. 3. D. de edendo (2. 13.) und l. 2. § 1 u. 2. D. de jure fisci (49. 14.) hat der Fiscus in allen Civilstreitsachen, in denen er als Kläger oder Beklagter auftritt, das Recht, von seinem Gegner die Edition aller auf die Sache bezüglichen Urkunden zu fordern, wärend nach l. 45. D. de jure fisci (49. 14.) gegen ihn auch bei sonst begründeter Verpflichtung gar nicht edirt werden darf[25]). Obwol nun hier gerade umgekehrt, wie unter a.), die Doctrin wenigstens der älteren Canonisten von diesem doppelten Privilegium des Fiscus keine Erwähnung macht[26]), so steht doch, da das canonische Recht eben gar Nichts hieran geändert hat, außer Zweifel, daß die diesem Privilegium entsprechende Verbindlichkeit zur Urkundenedition auch im canonischen Processe volle Geltung hat[27]) und ebenso ist sicher, daß die später auf Grund des allgemeinen Satzes:

---

l. c. S. 706 u. ff.; Renaud § 125 i. f. Mein Aufsatz l. c. S. 11. 12. Nur teilweise abweichend Gimmerthal l. c. Bd. 54. S. 82. 101. 102. Dagegen unter Heranziehung von l. l. § 2—4 u. l. 2. D. de edendo (2. 13.) bei. Schmid l. c. II. § 146. Note 13; Wetzell l. c. S. 222. Note 104; Endemann Beweislehre S. 432 u. Civilproc. § 217. Note 14 findet dießfalls „in der Theorie noch große Unsicherheit."

[24]) S. Tancredus l. c. p. 3. tit. 13. § 4: „Reus vero petere potest ab actore sua propria instrumenta ad probandam exceptionem suam, ut Cod. de edendo II. 1. l. 5, et similiter actor a reo ad replicationem suam probandam, ut Cod. eod. tit. II. 1. l. ult." Wörtlich gleichlautend Durantis l. c. lib. II. p. 2. de instrum. edit. § 6. Nr. 11, der aber die gegenteilige Ansicht von Azo und Vincentius anführt. Vgl. Glosse ad l. 5. C. h. t. v. „rationes" u. ad l. 8. C. eod. v. „et quae a divo" u. v. „quod multum", die von Mittermaier l. c. S. 51. Note 33 Citirten, sodann Scaccia l. c. lib. II. cap. 11. Nr. 483; J. H. Böhmer J. E. P. II. 22. § 14.

[25]) S. M. Mittermaier l. c. S. 32 u. ff.; Bangerow l. c. III. § 708. Anm. II. 2; Langenbeck l. c. S. 711; Renaud l. c. § 125 i. f.

[26]) Auch die Glosse ad c. 1. X. de probat. (2. 19.) erwähnt Nichts, obwol sie v. „nulli dicendum" von der Editionspflicht des argentarius u. rücksichtlich der documenta communia spricht. Ebenso Innocentius IV. in s. Apparatus in 5 libr. decretal. lib. II. tit. 19. c. 1. Nr. 1. Durantis l. c. § 6. Nr. 14 erwähnt eine besondere Stellung des fiscus nur „si . . . in principio causae peto ostendi mihi instrumentum productum, ut videam, an sit verum vel falsum", also in Verbindung mit der editio actionis.

[27]) Die späteren Canonisten führen dieß auch schon ganz ausdrücklich, u. z. meist unter

„fiscus etenim et pia causa aequiparantur“ [28]) bewirkte Ausdehnung dieses Privilegiums auf Kirchen und fromme Stiftungen [29]) wenigstens dem Geiste des canonischen Rechts entsprich'. Der eigentliche Grund der damit statuirten Editionsverbindlichkeit ist kein processualischer; nicht weil Rücksichten des Verfahrens in Civilsachen, sondern weil der Vorteil des Fiscus, den der Gesetzgeber eben auch bei dem Auftreten desselben im Civilprocesse möglichst zu fördern bestrebt ist, es verlangt, wird diese Verpflichtung zur Edition angeordnet. Dieselbe beruht also auf einer Rücksicht öffentlichrechtlicher Natur und gehört deßhalb auch hieher.

Dagegen ist nicht hieher zu rechnen die seit der Glosse auf Grund von l. 4. § 1. D. de edendo (2. 13.), l. 7. C. de edendo (2. 1.) u. c. 12. X. de fide instrum. (2. 22.) [30]) von Canonisten und Civilisten übereinstimmend gelehrte Verbindlichkeit zur Edition der sog. gemeinschaftlichen Urkunden, wornach jeder Besitzer einer Urkunde verpflichtet ist, sie dem Beweisführer herauszugeben, wenn ihm dieselbe mit letzterem gemeinschaftlich ist [31]). Denn dießfalls steht gegenüber den bedeutenden Schwankungen der älteren Doctrin über den Begriff dieser instrumenta communia heutzutage wol schon fest, daß nach den zu dieser Lehre verwendeten Bestimmungen des römischen und canonischen Rechts eine Editionsverbindlichkeit in der That nur rücksichtlich solcher Urkunden besteht, auf welche dem Beweisführer ein bestimmtes, nach den Grundsätzen des Civilrechts zu beurteilendes und mit den von diesem zur Verfügung gestellten Mitteln verfolgbares Anrecht, d. i. also ein materieller Anspruch zusteht [32]) und daraus ergibt

---

besonderer Begründung der Beschränkung auf den Civilproceß an; so schon Joan. Andreae in der addit. „penulti“ ad Spec. l. c. § 6. Nr. 17. i. f. u. Panormitanus in seiner Lectura in Decretales ad c. 1. X. 2. 19. Nr. 19; sodann Menochius de arbitr. jud. quaest. cas. 499. Nr. 40 u. ff.; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 1. X. 2. 19. Nr. 13; J. H. Böhmer l. c. II. 22. § 14; L. Engel jus canonicum lib. II. tit. 22. § 3. Nr. 41, 42; München l. c. I. S. 169.

[28]) S. darüber Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1177. Nr. 22.

[29]) Mit solcher Ausdehnung auf andere causae favorabiles überhaupt hatten schon Joannes Andreae und Panormitanus in den Note 27 cit. Stellen begonnen; s. dießfalls Menochius l. c. cas. 499. Nr. 43 u. ff.; Engel l. c. (oben Note 27); J. H. Böhmer l. c. II. 22. § 14; Reinhardt l. c. I. § 214. Note 3; Mittermaier l. c. S. 34; Schmid l. c. II. § 146. Note 15; Bangerow l. c. Anm. II. 2.

[30]) Noch weitere hier herangezogene Stellen s. bei Osterloh l. c. II. § 273. Note 4.

[31]) S. Glosse ad l. 4. § 1. D. cit. voce „meum“, ad l. 45. § 4. D. de jure fisci (49. 14.) v. „pertinentia“ u. ad c. 12. X. h. t. (2. 22.) v. „communium“; Lauterbach l. c. p. 3. tit. 13. § 4; Innocentius IV. Apparatus ad libros 5 decret. lib. II. tit. 19. c. 1. Nr. 2 u. 3; Durantis l. c. § 6 Nr. 11 u. 17; Gonzalez-Tellez Comm. ad c. 1. X. de probat. (2. 19.) Nr. 16; Fagnani Comment. in 5 libr. decretal. (Colon. 1704.) lib. II. de fide instrum. cap. 12. Nr. 8; L. Engel l. c. II. 22. § 3. Nr. 38—41; J. H. Böhmer l. c. II. 22. § 14; Reinhardt l. c. I. § 212. Anm. 1 und die da Citirten. § 213; Osterloh l. c. II. § 273; Linde l. c. § 279. Note 2.

[32]) S. M. Mittermaier l. c. S. 25 u. ff.; Schmid l. c. II. § 146. pr.;

sich von selbst, daß hier weder processualische, noch anderweitige öffentlichrechtliche Gründe oder Rücksichten, sondern eben das rein privatrechtliche Verhältniß, welches einen derartigen Anspruch an die Urkunde selbst gewährt, für die Editions-, resp. Exhibitionspflicht entscheidend ist. In der Begründung der erwähnten Editionsverbindlichkeit hat denn auch die ältere Theorie, obwol sie die auf materiellen Gründen beruhende Restitutions- resp. Exhibitionspflicht von der durch processualische und andere öffentliche Rücksichten gebotenen Editionsverbindlichkeit gar nicht scheidet, doch immer nur materielle, niemals processualische Gesichtspunkte hervorgehoben[33]). Das Gleiche gilt von der für die römischen **argentarii** und **nummularii** nach l. 4—10. D. de edendo (2. 13.) angeordneten Verpflichtung, Jedem, der mit ihnen in Geschäftsverbindung stand, den ihn betreffenden Teil der von ihnen geführten Geschäftsbücher (**rationes**) gegen Leistung des **juramentum calumniae** zu ediren. Für die Begründung dieser Editionspflicht war einerseits der Gesichtspunkt entscheidend, daß sie sich in der Stellung eines öffentlichen Amtes befinden, es sich also mit ihren Geschäftsbüchern in analoger Weise, wie mit den Acten einer öffentlichen Behörde verhalte, andererseits griff aber auch der Gesichtspunkt mit ein, daß der mit dem **argentarius** in Geschäftsverbindung Stehende ein gewisses Anrecht an den ihn betreffenden Teil dieser eben nicht im bloßen Privatinteresse des **argentarius** geführten **rationes** habe[34]). Das römische Institut dieser **argentarii** bestand nun allerdings im Mittelalter nicht mehr, aber die erwähnten Gesichtspunkte wurden in der Behandlung der Urkundenedition von der civilistischen und canonistischen Doctrin festgehalten

---

Bayer l. c. S. 958 u. ff.; Bangerow l. c. III. § 708. Anm. I. 3; Langenbeck l. c. S. 704. 705; Endemann Beweislehre S. 432, wo sehr richtig bemerkt wird: „In allen anderen Fällen wird ein besonderes Recht an der Urkunde erheischt. Dafür ist die sog. Gemeinschaftlichkeit nur ein anderer Ausdruck", und Civilproc. § 217. I. B. 4; Renaud l. c. § 125; mein Aufsatz l. c. S. 15. 16. 21. 22. Inwieweit insbesondere auf das Recht der römischen actio ad exhibendum ein Editionsrecht gegründet werden könne, darüber Demelius: Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht. (Gräz. 1872.). S. 269 u. ff.

[33]) Wol betonen Innocenz IV. l. c. u. Durantis l. c. (in Note 31.) stark das officium judicis: „Magna autem causa debet judicem movere ad cogendum aliquem instrumenta sua adversario exhibere . . ., alios vero facilius exhibere cogat" u. auch nach der Stimmung der gemeinrechtlichen Praxis ist es, wie Endemann Civilproc. § 217. Note 17 bemerkt, schließlich dazu gekommen, daß thatsächlich das concrete Ermessen des Proceßrichters entschied, ob Gemeinsamkeit der Urkunde anzunehmen und dadurch die Editionspflicht begründet sei. Doch das bezieht sich eben nur auf die Beurteilung der Existenz des besprochenen materiellen Anspruches und es will damit keineswegs gesagt sein, daß es im officium des Proceßrichters liege, nach seinem Ermessen für die Herbeischaffung der Urkunde selbst zu sorgen und deren Edition ohne Rücksicht auf einen materiellen Anspruch des Beweisführers zu bewirken.

[34]) Den ersteren Gesichtspunkt spricht Gajus in l. 10. § 1. den letzteren Ulpian in l. 4. § 1. D. h. t. (2. 13.) ziemlich deutlich aus. Vgl. Bangerow l. c. III. § 708. Anm. 1. 2; M. Mittermaier l. c. S. 40. 41; Bayer l. c. S. 960; Langenbeck l. c. S. 700. Note a.

und auf Grund derselben einerseits fast übereinstimmend die Editionspflicht der Tabelliones resp. Notarii rücksichtlich der von ihnen aufgenommenen Urkunden [35]), andererseits, doch unter lebhafter Opposition eines großen Teiles der Schriftsteller die der Kaufleute und Wechsler gelehrt und natürlich auch für den canonischen Proceß behauptet [36]). Nach diesen Gesichtspunkten beruht nun aber die besprochene Editionsverbindlichkeit nicht auf selbstständigen, von den früher angeführten verschiedenen Gründen, sondern ist teils unter der zuerst behandelten, von einer öffentlichen Behörde zu requirirenden Herausgabe der Urkunde, teils unter dem über die Edition sog. gemeinschaftlicher Urkunden Gesagten mitbegriffen. Wol aber gehört hieher

c.) die Anordnung, welche das canonische Recht selbst noch in c. un. § 1. in Clem. de usuris (5. 5.) dahin getroffen hat, daß derjenige, welchem eine usuraria pravitas zur Last gelegt wird, in jedem Processe, in dem es sich um die Zinsenfrage handelt, ohneweiters verpflichtet ist, seine Rechnungsbücher zu ediren [37]). Der Grund dieser Bestimmung ist zwar durchaus kein civilprocessualischer, sondern die Editionsverbindlichkeit wird nach ausdrücklicher Erklärung des Gesetzes angeordnet, um dem regelmäßig heimlichen und listigen Gebahren der Wucherer zu begegnen und es zu ermöglichen, daß sie eher „convinci possunt de usuraria pravitate." Dieselbe hat darnach eine öffentlichrechtliche Basis, sie erscheint als zunächst im Interesse der Eruirung einer strafbaren Handlung angeordnet und fällt sonach unter den Gesichtspunkt inquisitorischen Einschreitens des Richters, welches eigentlich nur eine mit dem Civilrechtsstreite verbundene Strafsache betrifft, aber eben vermöge dieses Zusammenhanges dem Beweisführer im Civilrechtsstreite zu statten kommt [38]).

Ob nun das auf einen der angeführten Gründe gestützte Begehren des

---

[35]) S. Glosse ad l. 4. § 1. D. h. t. (2. 13.) v. „sed cum hodie"; Durantis l. c. § 6. Nr 4. 17; Pacianus l. c. lib. I. cap. 63. und die da Nr. 5 Citirten. Pacianus schließt direct an die röm. argentarii an, indem er l. c. Nr. 1. i. f. unter Berufung auf Bartolus bemerkt: „Proinde videmus, quod qua ratione cogitur argentarius libros rationum edere, eadem cogitur notarius edere instrumenta." Vgl. auch Menochius l. c. cas. 499. Nr. 5 u. ff.

[36]) Die beiden einander entgegenstehenden Ansichten und deren Vertreter sind genau angeführt von Menochius l. c. cas. 499. Nr. 37—40 u. bei Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 1. X. de probat. (2. 19.) Nr. 11. S. dazu M. Mittermaier l. c. S. 41. Die heutige Doctrin über Editionspflicht der Notare und Kaufleute und deren von verschiedenen Autoren verschieden angegebene Begründung s. bei Bayer l. c. S. 961; Wetzell l. c. S. 222 Note 103; Langenbeck l. c. S. 700; Renaud l. c. § 125. Note 10.

[37]) S. Glosse ad c. un. in Clem. cit. v. „rationum" u. „compellendos"; Menochius l. c. cas. 499. Nr. 21 u. ff.; Engel l. c. Nr. 43; Mittermaier l. c. S. 38; Schmid l. c. II. § 146. Note 14; Bayer l. c. S. 965; Bangerow l. c. III. § 798. Anm. II. 3; Langenbeck l. c. S. 710; Renaud l. c. § 125. Note 23.

[38]) Schon Menochius deutet Aehnliches an, indem er l. c. Nr. 21 die causa der hier erörterten Editionsverbindlichkeit als „illa" charakterisirt, „quae ab odio et delicto personae ipsius rei conventi provenit."

Beweisführers begründet sei, hat der Richter von Amtswegen zu prüfen und darnach dasselbe entweder zurückzuweisen, oder die Aufforderung an den Proceßgegner — denn nur um diesen kann es sich nach den unter a — c angegebenen Gründen handeln — zur Herausgabe und Vorlage der bezeichneten Urkunde zu erlassen. Entspricht ihr der Gegner, so ist dieser Punkt erledigt. Er kann sich aber der Aufforderung dadurch widersetzen, daß er den Besitz der Urkunde in Abrede stellt. Alsdann muß der Beweisführer diesen Besitz des Gegners als die factische Grundlage dieses seines Begehrens erweisen, oder, was nach Lage und Natur des Falles dem gleichkommt, darthun, daß der Gegner sich des Besitzes der Urkunde nur begeben hat, um sich der Edition derselben zu entziehen. Eine besondere Art dieser Beweisführung, ein eigentümliches Mittel oder einen Ersatz für dieselbe, wie dieß der Editionseid im gemeinen deutschen Civilproceße bietet[39]), ist dem canonischen Processe fremd, dieselbe muß hier, wie jede andere Beweisführung mit denjenigen Mitteln prästirt werden, welche überhaupt zulässig sind und sich dazu eben eignen und so gilt namentlich auch rücksichtlich der Verwendung des Eides, soweit sich derselbe für diese Beweisführung überhaupt eignet, gar nichts Besonderes[40]). Nur bei Geltendmachung des unter c) angeführten Editionsgrundes hat der Richter wegen der strafrechtlichen Natur des Falles den geleugneten Besitz nach den Grundsätzen des inquisitorischen Strafprocesses von Amtswegen zu constatiren[41]). Ist der Editionswerber außer Stande, diesen Nachweis zu liefern, so hat die Auf-

---

[39]) Es ist nahezu übereinstimmende Lehre der gemeinrechtlichen Processualisten, wornach die „Ansicht", daß bei der Editionswerbung der Implorat mit einfachem Leugnen des Besitzes nicht wegkommt, sondern zugleich den Editionseid dahin ableisten muß, daß er die Urkunde nicht besitze, auch nicht zu besitzen böswillig aufgehört habe, und daß sonach der Implorant nur dann, wenn er es zu diesem Editionseide nicht kommen lassen will, den Beweis des geleugneten Besitzes in anderem Wege zu führen hat, — durch den sächsischen Proceß ausgebildet worden und von da in den gemeinen Proceß übergegangen ist. S. Mittermaier im civil. Archiv Bd. 9. S. 380 u. ff.; Hefftter l. c. § 253. Note 235; Schmid l. c. II. § 147. Note 14; Bayer l. c. S. 967; Langenbeck l. c. S. 718; Endemann Beweislehre § 100 u. Civilproc. § 217. II. C.; Renaud l. c. § 126. Gegen Wetzell l. c. S. 223. Note 108, der den Ursprung des Editionseides in der italienischen Doctrin findet, s. Endemann Beweislehre S. 435 u. Civilproc. l. c. Note 26. Ueber die demselben zukommende Natur eines Reinigungseides s. außer den cit. Werken auch Planck Beweisurteil S. 174.

[40]) Wol gewährte schon die italienische Doctrin (s. die Citate bei Wetzell l. c. S. 223. Note 108 u. Endemann Beweisl. § 100. Note 11. 12.) auf Grund von l. 21. C. de fide instrum. (4. 21.) durch Zulassung einer besonderen Verwendung des Eides eine Erleichterung der hier erforderlichen Beweisführung; daß diese aber von der im deutschrechtlichen Editionseide liegenden Erleichterung nach Qualität und Umfang wesentlich verschieden sei, hat schon Endemann Beweisl. S. 435 u. C. P. § 217 Note 26 hervorgehoben.

[41]) Das ist auch der Grund, weßhalb Joan. Andreae ad c. un. in Clem. cit. (5. 5.) v. „compellendos" den usurarius zu dem sonst nach l. 4. § 3. D. de edendo (2. 13.) u. l. 21. C. h. t (4. 21.) freistehenden Eide über die amissio instrumenti nicht zuläßt.

forderung des Richters ihre factische Voraussetzung verloren und somit keinen weiteren Bestand; wird aber der besagte Beweis hergestellt, so kann der zur Herausgabe der Urkunde Aufgeforderte zwar die geltendgemachten Gründe seiner Editionspflicht ebenso bestreiten, wie wenn er den Besitz der Urkunde zugestanden oder doch nicht in Abrede gestellt hätte, allein die dießfälligen Erörterungen der Parteien über die geltendgemachten Gründe der Editionspflicht sind für das Vorgehen des Richters weder notwendig, noch maßgebend. Diese Gründe sind processualischer oder sonst öffentlichrechtlicher Natur, sie bilden die rechtliche Grundlage des Editionsbegehrens und deßhalb muß sich der Richter über den Bestand derselben von Amtswegen in's Klare setzen. Findet er hiernach die Weigerung des von ihm zur Edition Aufgeforderten ungegründet, so ist er nach canon. Rechte ohneweiters befugt, seinem Auftrage mit den gewönlichen gegen den Ungehorsam verwendbaren Mitteln, namentlich durch Verhängung von Censuren, Folge zu verschaffen[42]). Da aber auch diese ohne Erfolg bleiben könnten und die Aufforderung des Richters nach den unter a—c erörterten Gründen nur wider den Gegner im Hauptprocesse gerichtet sein kann, so kann der Richter auch die Edition, u. z. mit den vom Editionswerber behaupteten Resultaten als geschehen ansehen[43]), also entweder die vorgelegte Abschrift der zu edirenden Urkunde als vollkommen beweiskräftiges Original behandeln, oder, wenn eine Abschrift nicht vorgelegt wurde, die Thatsache, zu deren Beweis die verweigerte Urkunde hätte dienen sollen, als zugestanden betrachten. Ob die Sache in der einen oder andern Weise zu behandeln und ob insbesondere schon mit der Aufforderung an den Editionspflichtigen die Androhung des im Weigerungsfalle einzuhaltenden Vorgehens zu verbinden sei, hat das Ermessen des Richters mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Falles und den nicht zu vereitelnden Zweck der gesetzlichen Editionsverbindlichkeit zu bestimmen[44]).

Die Vorlage der Urkunde kann nicht bloß vor dem Richter selbst, sondern auch vor einem oder mehreren von diesem dazu besonders Bestellten erfolgen[45]), was sich namentlich bei außergewönlich voluminösen Urkunden, oder wenn es sich nicht um schriftliche Urkunden, sondern um Denkmäler handelt, als notwendig ergeben kann. In jedem Falle muß der Gegner (Product) dazu ge-

---

[42]) c. 4. 5. X. de offic. et potest. jud. deleg. (1. 29.); c. 1. i. f., c. 3. X. ut lite non contest. (2. 6.).

[43]) Wie dieß schon Pacianus l. c. lib. I. cap. 64. Nr. 175 unter Berufung auf Petrus de Ancharano u. Felinus Sandeus hervorhebt: . . . „cum non edit illud, quod edere tenetur, poterit judex pronunciare editionem habendam esse pro facta in omnibus et per omnia contra ipsum contumacem."

[44]) Vgl. im Allgemeinen: Tancredus l. c. p. 2. tit. 4; Gratia l. c. p. 1. tit. 7; Durantis l. c. lib. II. p. 1. de contumacia. § 4; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 3. X. ut lite non cont. (2. 6.) Nr. 5 u. ff.; Engel l. c. lib. II. tit. 14. Nr. 2 u. ff.; Schmalzgrueber l. c. p. II. tit. 14. § 2, bes. Nr. 51—56; J. H. Böhmer l. c. lib. II. tit. 14.

[45]) c. 4. 5. X. h. t. (2. 22.). Vgl. Langenbeck l. c. S. 724.

laden sein und volle Gelegenheit zu genauer Einsicht der vorgelegten Urkunde erhalten. Die in älterer Zeit regelmäßige Verlesung der ganzen Urkunde durch den Richter oder seinen schriftführenden Notar ist nicht wesentlich[46]), wol aber muß die erfolgte Vorlage in dem nach c. 11. X. de probat. (2. 19.) zu führenden Protocolle unter genauer Bezeichnung der Urkunde constatirt werden. Wird nur ein einzelner Abschnitt einer umfangreicheren Urkunde zur Beweisführung verwendet, so überhebt das den Beweisführer keineswegs von der Production des ganzen Originals, dessen Existenz und Beschaffenheit im Ganzen ja auch für die Beweiskraft des einzelnen Abschnittes maßgebend ist, doch ist das weitere Verfahren, soweit der Inhalt der Urkunde dabei in Frage kommt, auf den betreffenden Abschnitt zu beschränken[47]). Die Notwendigkeit der Beibringung einer beglaubigten Uebersetzung durch den Producenten, wenn die Urkunde in einer fremden Sprache abgefaßt ist, ergibt sich aus der Natur der Sache. Wo die vorgelegte Originalurkunde zu verbleiben habe, darüber hat das canonische Recht gar keine Bestimmung, als die, daß Producent nicht verpflichtet ist, sie in die Hände des Gegners zu geben, dieser hat zwar das Recht, das Original mit der zu sorgfältiger Prüfung erforderlichen Muße und Genauigkeit einzusehen und sodann zum Behufe seiner weiteren Schritte eine Abschrift der Urkunde oder desjenigen Teiles derselben, der zur Beweisführung nur verwendet wird, zu verlangen, muß sich aber damit auch begnügen. Der Producent kann daher das vorgelegte Original entweder in Verwahrung des Gerichtes belassen, bis der Rechtsstreit entschieden ist, oder dasselbe wieder zu sich nehmen, wenn nicht der Richter die Belassung desselben in gerichtlicher Verwahrung aus besonderen Gründen auf Begehren des Producten oder von Amtswegen ausdrücklich anordnet[48]). Eine genaue Bezeichnung der Thatsachen, welche durch die Urkunde

---

[46]) Sowie c. 5. X. cit. (2. 22.), so bemerken auch Tancredus l. c. p. 3. tit. 13. § 4. pr. u. Durantis l. c. lib. II. p. 2. de instrum. edit. § 6. Nr. 9: „Recitentur instrumenta ab ipso judice vel eo, cui hoc deputaverit, audiente tantummodo parte contraria“; da jedoch der Product in jedem Falle eine Abschrift begehren kann, so erscheint die Verlesung als leere Formalität.

[47]) c. 5. X. h. t. (2. 22.), c. 7. de privilegiis in VI^to. (5. 7.). Ueber irrige Erklärungen des Verhältnisses letzterer Stelle zu ersterer s. Gonzalez-Tellez l. c. Note c.) ad c. 5. X. cit.; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 22. § 4. Nr. 84. Doch ist von diesem sowol, als von Engel l. c. lib. II. tit. 22. § 3. Nr. 35 der Sinn des c. 5. X. cit. noch immer unrichtig aufgefaßt, wenn sie den Gegensatz dahin stellen: „parti adversae non totum instrumentum, sed tantum illum articulum, qui ad causam facit, . . . judici tamen totum instrumentum edendum esse.“

[48]) Während noch Gratia l. c. p. 2. tit. 7 offenbar von der Ansicht ausgeht, daß das producirte Original bei Gericht zu verbleiben habe, und dem Producenten zur Vorsicht nur empfiehlt: „si vero ligitares coram suspecto judice, consulo, ut tibi retineas exempla instrumentorum tuorum“, fügt schon Durantis bei Wiedergabe dieser Stelle l. c. § 6 Nr. 1 hinzu: „vel, quod melius est, notarius ea transscribat . . . et reporta, si potes, originalia tecum.“ Ebenso macht Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 6. Nr. 157 gestützt auf Maranta ausdrücklich darauf aufmerksam: „producto instrumento . . . in judicio, partem

erwiesen werden sollen, etwa in der gleichen Form von Artikeln, wie beim Zeugenbeweise, steht dem Producenten zwar frei, denn dieses Articuliren ist eine ganz allgemeine, auf kein besonderes Beweismittel beschränkte Form des canonischen Processes; doch ist dieß hier noch weniger notwendig, als beim Zeugenbeweise [49]) und wurde hier, abgesehen von der Praxis der curia Romana mit ihrem als Substantialtermin festgehaltenen terminus ad articulandum thatsächlich auch aus dem natürlichen Grunde gar nicht geübt [50]), weil schon der vorliegende Inhalt der Urkunde hinreichende Auskunft über dasjenige gibt, was die producirende Partei damit beweisen will. Ein besonderes Begehren braucht der Producent mit der Vorlage der Urkunde gar nicht zu verbinden, er kann aber ein solches dahin stellen, der Richter wolle diese Vorlage der Urkunde zulassen [51]).

Die erörterte Vorlage der Originalurkunde bietet dem Gegner des Beweisführers (Producten) das ganze Material für seine Beteiligung an dem Beweisverfahren und es ist nunmehr seine Sache, Alles vorzubringen, was er von seinem Standpunkte aus dagegen geltendmachen zu können glaubt. Er kann dieß entweder sofort nach genommener Einsicht mündlich thun oder sich zunächst nur eine Abschrift der producirten Urkunde, resp. des im concreten Falle etwa nur in Betracht kommenden einzelnen Abschnittes derselben und einen Termin zur Einbringung seiner (mündlichen oder schriftlichen) Erklärungen erbitten. Beides hat ihm der Richter, wenn er nicht etwa die vorgelegte Urkunde, also auch die damit unternommene Beweisführung wegen offenbarer Irrelevanz schon von Amtswegen zurückzuweisen findet, in entsprechender Weise (die Abschrift ist von dem Notar, resp. der Kanzlei des Richters zu besorgen) zu gewähren [52]). In diesen Erklärungen kann sich nun der Product

---

proferentem in actis posse relinquere copiam collationatam ... et retinere originale penes se."

[49]) S. oben Note 4 und II. Abschn. Cap. 2. Note 20. 28 u. 29.

[50]) In keinem einzigen der unter IV. der Beilagen angeführten Fälle geschieht eine Erwähnung von Artikeln, während beim Zeugenbeweise unter II. die Ueberreichung der Artikel durchgreifende Regel ist. J. H. Böhmer l. c. II. 22 § 13 empfiehlt die Artikel zwar auch hier und im gemeinen deutschen Civilproc. waren sie auch hier in Uebung, s. Martin l. c. § 209, Schmid l. c. II. § 148. Note 5 und die da Citirten. Doch bemerkt dagegen mit Recht Bayer l. c. S. 950: „Die Aufstellung von Beweisartikeln ist der Natur dieses Beweismittels durchaus nicht angemessen." Vgl. dazu Wetzell l. c. S. 891. 892; Langenbeck l. c. S. 721; Endemann Civilproc. § 216 Note 1, Renaud l. c. § 212 pr.

[51]) Die Erklärung des Producenten ist nach Gratia l. c. u. Durantis l. c. einfach: „produco ad probandum de jure meo haec instrumenta." Wo in den Beilagen unter IV der Producent ein Begehren stellt (Nr. 47. 49. 60.) lautet dasselbe immer nur dahin: „produxit instrumentum, quod petiit admitti."

[52]) c. 5. 12. X. h. t. (2. 22.); S. Pillius l. c. p. 1. § 3; Tancredus l. c. p. 3. tit. 13. § 4; Gratia l. c. p. 2. tit. 7 i. f.; Durantis l. c. § 6. Nr. 10; J. Urbach l. c. p. 2. cap. 37. S. 220. In Nr. 46—62 der Beilagen ist die regelmäßige Erklärung des Producten über die Vorlage der Urkunde, daß er „productioni dicti instru-

a.) gegen die Relevanz der vom Producenten mit seiner Urkunde intendirten Beweisführung wenden und darzuthun versuchen, daß sich mit der vorgelegten Urkunde, sei es bloß im Allgemeinen nach ihrem Inhalte oder speciell nach den vom Producenten zum Beweise bezeichneten Thatsachen oder aufgestellten Artikeln eben gar Nichts erweisen läßt, was für den vorliegenden Proceß irgend von Bedeutung sein könnte. Ist er seiner Sache vollkommen gewiß, so kann er sich darauf beschränken und mit Sicherheit erwarten, daß der Richter nach beendeter Erörterung dieser Frage zwischen ihm und dem Producenten die Urkunde ebenso zurückweisen wird, wie er sie schon von Amtswegen zurückgewiesen hätte, wenn ihm diese Irrelevanz sofort offenbar gewesen wäre. Allein zu solcher Gewißheit wird eine auch nur einigermaßen rationelle Proceßführung des Producenten nur in den seltensten Fällen Anlaß bieten und es wird sich daher für den Producten jederzeit empfehlen, die anderweitigen Momente, welche ihm die genommene Einsicht der Originalurkunde gegen die Standhaftigkeit des mit derselben beabsichtigten Beweises geliefert hat, auch dann geltendzumachen, wenn er die Relevanz dieser Beweisführung mit guten Gründen bestreiten zu können meint. Im Gegenteile: gerade die Bestreitung der Relevanz kann der Product ganz unterlassen, ohne irgendwelchen Nachteil befürchten zu müssen; denn, wenn der Richter erst bei Schöpfung des Endurteils erkennt, daß der geführte Urkundenbeweis ganz irrelevant ist, so kann ihm derselbe für sein Urteil selbst dann Nichts bieten, wenn Product diese Irrelevanz gar nicht geltendgemacht hat[53]); anders dagegen steht es mit den übrigen Anfechtungen, zu denen der Product Grund hat. Er kann nemlich sodann

b.) die Echtheit der producirten Urkunde in Abrede stellen und damit die Basis angreifen, auf welcher die beabsichtigte Beweisführung aufgebaut werden soll. Der Erfolg dessen ist nach Verschiedenheit der Urkunde verschieden. Ist die producirte Urkunde eine öffentliche oder eine legalisirte Privaturkunde, so kann er mit der bloßen Negation der Echtheit Nichts erzielen. Denn, wie bereits oben im I. Abschn. 4. Cap. ausgeführt wurde, bietet eine solche Urkunde

---

menti non consensit, nihilominus petiit copiam cum termino ad dicendum contra." Die Erklärung über die Relevanz und kürzere Einwendungen werden in der Regel sofort bei der Production mündlich, ausführlichere Einwendungen aber schriftlich, u. z. hie und da (z. B. Nr. 51) sogleich in Artikel oder capitula zergliedert („oppositiones capitulatas") und mit dem Erbieten zum Beweise derselben eingebracht.

[53]) Ein Beweisurteil, welches wie im gemeinen deutschen Civilproc. den Thatbestand in unabänderlicher Weise fixirt (s. Planck l. c. S. 262. 272. 301. 302. 346 u. ff.; Wetzell l. c. S. 917; Renaud l. c. § 209.), kennt der canon. Proceß nicht und in der Nichtanfechtung der Relevanz von Seite der Partei liegt keinerlei derartige Fixirung. Nichtsdestoweniger wurde in der Praxis (s. Nr. 46. 47. 48. 50 u. m. a.) fast regelmäßig und sehr oft ohne jede weitere Begründung die Nichtzustimmung des Producten zur Production der Urkunde ausgesprochen und entgegnet: non releuare producentem (sc. instrum. productum) nec in jure, nec in facto, die nähere Ausführung dessen aber für später (d. i. für die Erörterung des Beweisresultates) vorbehalten.

schon in ihren äußeren, dem Richter sofort mit der Vorlage vor Augen tretenden Merkmalen die Beweisgründe für ihre Echtheit und diesen gegenüber muß die bloße Behauptung des Producten, sie rühre von dem als Aussteller Bezeichneten nicht her, naturgemäß machtlos sein. Der Product muß also da aggressiv auftreten und sich gegen diese durch den Augenschein gewonnenen Beweisgründe wenden. Da kann er nun zunächst geltendmachen, daß im vorliegenden Falle diese Gründe gar nicht geeignet und nicht ausreichend sind, um die Echtheit der Urkunde außer Zweifel zu stellen, z. B. Undeutlichkeit des amtlichen Siegels, Mangel einzelner für die amtliche Ausfertigung vorgeschriebener Erfordernisse u. dgl., was der Richter, wenn er es nicht als ganz leeren Einwurf zurückzuweisen findet, der Erörterung der Parteien zu unterziehen hat[54]). Doch das kann wol dazu dienen, um die Aufmerksamkeit des Richters rege zu machen, aber entscheidend ist es für den vom Producenten unternommenen Beweis, resp. für die Geltung der Echtheit der Urkunde gar nicht. Denn da die Erfordernisse für die Ausfertigung öffentlicher Urkunden immer dem öffentlichen Rechte[55]) angehören, so hat dieß auch im canonischen Processe der Richter in jedem Falle von Amtswegen und ganz unabhängig von den etwaigen Erklärungen des Producten zu prüfen und zu beurteilen und der Producent würde daher, wenn

---

[54]) Hieher gehören fast sämmtliche von Durantis l. c. lib. II. part. 2. de instrum. edit. § 9 angeführte und von der älteren Doctrin sodann stets festgehaltene (s. darüber noch Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 22. § 5.) „modi, quibus instrumentum publicum impugnetur."

[55]) In dieser Richtung war nun allerdings gerade für den canon. Proceß die Sache ziemlich verwickelt. Die wichtigste und bei Weitem am Häufigsten vorkommende Classe öffentlicher Urkunden waren die Notariatsinstrumente (s. Wetzell l. c. S. 206 u. ff.) und da nicht bloß Kaiser und Papst, sondern auch andere weltliche und kirchliche Autoritäten Notare bestellten, so war, wenn es sich eben nicht um einen beim Proceßgerichte notorisch bekannten Notar des Ortes oder der Umgegend handelte, regelmäßig schon die Frage zweifelhaft, ob der Aussteller der Urkunde ein vollkommen autorisirter Notar sei, ob die Schrift oder doch Unterschrift von seiner Hand herrühre, ob das beigefügte Zeichen oder Siegel sein amtliches sei u. s. f. und die formellen Erfordernisse für die Abfassung dieser Urkunden waren auch nicht durch feste allgemeine Normen bestimmt. (Vgl. Durantis l. c. § 2. 8; Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1101—1105; Menochius l. c. cas. 187; Scaccia l. c. lib. II. cap. 11. Nr. 1174 u. ff.; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 22. § 1.). Aehnlich stand es wol auch mit den Urkunden anderer dem Richter unbekannter öffentlicher Behörden. Bei diesem Stande des öffentlichen Urkundenwesens hatte der Product vielfachen Anlaß zu derartigen Anfechtungen und es lag jedesfalls in seinem Interesse, durch solche darauf hinzuwirken, daß es der Richter mit der Beurteilung der öffentlichen Qualität der Urkunde und der Erfordernisse derselben nicht zu leicht nehme. Allein an der processualischen Bedeutung dieser Einwendungen wird dadurch Nichts geändert. Mögen die öffentlichen Einrichtungen und Bestimmungen in dieser Richtung einfach und bestimmt, oder mannigfach und verwickelt sein, in jedem Falle hat der Richter dieselben ex officio zu berücksichtigen und kann daher in der Beurteilung der Frage, ob die producirte und als öffentliche sich darstellende Urkunde die zur Begründung ihrer Echtheit eben nach den bestehenden öffentlichen Einrichtungen hinreichenden Merkmale an sich trage, von dem dießfälligen Vorbringen des Producten nicht abhängig sein.

er derartige Mängel nicht durch Beibringung anderweitiger Gründe für die Echtheit seiner Urkunde aus freien Stücken ersetzte, mit dem unternommenen Urkundenbeweise selbst dann nicht aufkommen, wenn der Product darüber auch gar keine Einwendung gemacht hätte. Der Producent muß demnach, wenn er sich bewußt ist oder befürchtet, daß die in der vorgelegten Urkunde vorhandenen Merkmale nach den dießfälligen öffentlichen Vorschriften von dem Richter als zur Begründung der Echtheit nicht geeignet oder hinreichend erkannt werden könnten, allerdings die Echtheit auf andere Art erweisen [56]), aber das Bedürfniß dieses anderweitigen Echtheitsbeweises wird nicht erst durch die dießfälligen Einwendungen des Producten hervorgerufen [57]), sondern ganz unabhängig von solchen eben durch die mangelhafte Beschaffenheit der Urkunde erzeugt [58]). Etwas Entscheidendes kann der Product da nur unternehmen und erreichen, wenn er die erwähnten, in der äußeren Beschaffenheit der Urkunde liegenden Beweisgründe ihrer Echtheit zerstört, indem er seinerseits Gründe beibringt, welche die Kraft der ersteren vernichten, d. i. wenn er die Unechtheit beweist. Es stehen ihm zu diesem Behufe alle für den Gegenbeweis, als welcher dieser Unechtheitsbeweis sich eben qualificirt, überhaupt zulässigen Mittel frei, welche solche Gründe, wie er sie benötigt, zu liefern vermögen und er hat sich im Gebrauche derselben

---

[56]) Je unsicherer diese öffentlichen Normen, resp. Uebungen sind, desto dringender muß sich natürlich Producent dazu aufgefordert sehen, u. z. nicht bloß wegen der dießfalls zu gewärtigenden Anfechtungen des Producten, sondern wegen der dem Richter auch ohne solche obliegenden Prüfung.

[57]) Wie dieß Schmid l. c. II. § 150. pr. u. Langenbeck l. c. S. 644 unter gänzlich unbegründeter Berufung auf Glück Erläuterung der Pandecten Bd. 22. S. 41 u. Gensler im civil. Arch. Bd. 1. S. 60 u. ff. darstellen. Die beiden letztgenannten Autoren können im Gegenteile nur für die hier im Texte ausgesprochene Ansicht angeführt werden.

[58]) Ganz im Gegensatze hiezu behauptet Endemann Beweislehre S. 338 u. 339 (s. überhaupt die ganzen §§ 81 u. 82), daß die Ansicht, der „Richter soll das Aeußere der Urkunden prüfen und bei ersichtlichen Mängeln solche von Amtswegen verwerfen" erst der späteren (neueren) Lehre angehöre. „In der älteren (also gerade dem canon. Processe nahestehenden) Lehre sei es unzweifelhaft Sache des Producten selbst gewesen, die äußerlichen Mängel zu rügen", es sei also „die Frage, ob der Richter das Aeußere der Urkunde ex officio zu prüfen oder die Einwendungen der Parteien abzuwarten hat", im letzteren Sinne entschieden worden. Er beruft sich dafür auf Durantis l. c. § 9. und auf den technischen Gegensatz von impugnare u. reprobare instrumentum. Dem kann ich nicht beipflichten. Durantis erörtert in dem citirten Abschnitte doch nur „qualiter instrumentum publicum impugnetur" oder „quid contra quamlibet praemissarum (scripturarum) excipi valet" (possit in der Rubr. zu § 9) und ich finde in der ganzen Darstellung nicht die Meinung ausgesprochen oder auch nur durchleuchten, daß diese impugnatio erfolgen muß, wenn der Richter einen derartigen Mangel berücksichtigen soll. Im Gegenteile, Durantis wirft wiederholt, z. B. Nr. 4 die Frage auf, was Rechtens sei, wenn dieses oder jenes Erforderniß fehlt und antwortet darauf: „quod non valet" oder „quod valet" (instrumentum). Dieß scheint mir nun aber nicht bloß auf den Fall zu gehen, wenn der Product den Mangel rügt, sondern auch den Fall in sich zu schließen, daß der Richter dieß ohne Einwendung des Producten wahrnimmt. Was aber den Gegensatz von impugnare und reprobare instrumentum betrifft, so besteht derselbe in seiner sachlichen

wie bei jeder anderen Beweisführung zu benehmen[59]). Diese Beweisführung kann nun allerdings nicht bloß Gründe entwickeln, welche objectiv die Urkunde als ein Falsum darstellen, sondern auch Gründe zum Vorschein bringen dafür, daß der Producent oder ein Dritter die Fälschung begangen habe und selbe zur Entwicklung eines Strafprocesses führen. Doch die letztere Frage ist von der ersteren immer zu trennen, hier kommt es nur auf die erstere an und es ist für den Erfolg des hier dem Producten obliegenden Unechtheitsbeweises ganz unentscheidend, wie das Falsum entstanden ist und ob dabei insbesondere dem Producenten etwas zur Last fällt. Es kann daher auch durchaus nicht genügen, daß der Product gegen den Producenten oder einen Dritten die Beschuldigung der Fälschung der producirten Urkunde erhebt und begehrt, es möge der ihm obliegende Unechtheitsbeweis dem darüber einzuleitenden Strafverfahren entnommen werden, sondern der natürliche Zusammenhang der criminellen Fälschungsfrage mit dem besprochenen civilprocessualischen Unechtheitsbeweise kann nur soviel bewirken, daß der Product die etwa erfolgte strafgerichtliche Verurteilung des Producenten oder eines Dritten wegen Fälschung der hier producirten Urkunde zu diesem von ihm zu liefernden Beweise mitverwenden und daß ihm mit Rücksicht darauf nach Ermessen des Richters die Frist zur Herstellung des Beweises bis nach Beendigung der Strafsache bestimmt oder erweitert werden kann[60]). Unterläßt der Product jede derartige Anfechtung der vorgelegten Urkunde, so wird der Richter dadurch aus den schon oben hervorgehobenen Gründen nicht etwa der Prüfung der Echtheit überhoben, sondern er hat dieselbe nach den in der Urkunde selbst hervortretenden und vom Producenten etwa noch besonders beigebrachten Gründen zu beurteilen[61]). Eine Verpflichtung des Producten zur

---

Bedeutung auch noch nach dem im Texte hier Gesagten. Ebenso weist wol auch die Darstellung von Tancredus l. c. p. 3. tit. 13 § 5: „Solis publicis instrumentis . . . fides adhibenda est . . ., dummodo instrumentum illud apparent sine vituperatione, rasura vel cancellatura, quae possint suspicionem inducere“ darauf hin, daß der Richter von Amtswegen zuzusehen hat, ob und was da apparet, wie dieß auch durch c. 2. X. h. t. (2. 22.) schon angedeutet ist. Auch scheinen mir die eigenen Bemerkungen Endemann's l. c. S. 342. Note 18. und 19. mit Obigem nicht im Einklange zu stehen.

[59]) S. oben I. Abschn. Cap. 4. S. 43 u. ff; Tancredus l. c. p. 4. tit. 3. § 4; Schmid l. c. II. § 150; Bayer l. c. S. 953; Wetzell l. c. S. 212 u. 896; Langenbeck l. c. S. 642; Endemann Beweislehre § 86. 87. Civilproc. § 193. IV. A. Renaud l. c. § 115; v. Schulte Darst. des Proc. v. d. geistl. Gheger. Oesterr. S. 182.

[60]) l. 4. C. de ord. jud. (3. 8.); l. 21. C. h. t. (de fide instrum. 4. 21.); l. 4. 8. 9. 11. 16. 21. 23. 24. C. ad leg. Corn. de falsis. (9. 22.). S. darüber Bethmann-Hollweg l. c. III. S. 283. 284; Mascardus l. c. Vol. II. concl. 740—743; Wetzell l. c. S. 218. 219; Langenbeck l. c. S. 726; Endemann Civilproc. § 193 I. 219. III.; Renaud l. c. § 117. i. f.

[61]) Nur J. Urbach l. c. p. 2. cap. 37. S. 220. bemerkt entschieden dagegen mit Berufung auf c. 20. X. 1. 29 und auf Hostiensis: „Et videat pars, contra quam producitur instrumentum, quod copiam ejus petat . . . et in termino, si poterit, id impugnet, quia alias eo ipso, quod pro publico instrumento fuit productum et adversarius ad opponens tacuit, videtur ipsum approbasse.“

Agnition der vorgelegten öffentlichen Urkunde in dem Sinne, daß derselbe sich über die Echtheit der Urkunde nach Vorlage des Originals erklären muß, widrigens die Echtheit als zugestanden zu betrachten ist[62]), kennt der canon. Proceß nicht und kann sie nach der dargestellten Auffassung der Sache nicht kennen. Jene Erleichterung des Echtheitsbeweises also, welche in dem Bestande einer solchen Verpflichtung gelegen ist, ist dem canon. Processe fremd, dagegen kommt hier auch dem etwa notwendigen Echtheitsbeweise jene wesentliche Erleichterung zu statten, welche das Positionalverfahren der Beweisführung im Processe überhaupt bietet. Es kann nemlich derjenige, welcher den Echtheitsbeweis zu führen hat, gleichfalls vorher die Behauptung der Echtheit in Form von Positionen aufstellen, welche der Gegner nach den allgemeinen Grundsätzen des Positionalverfahrens sub poena confessi zu beantworten verpflichtet ist, und sodann erst nach Ausscheidung der zugestandenen Momente zum Beweise der Echtheit schreiten[63]). Insoferne also, als durch die bezeichnete allgemeine Verpflichtung der Partei zur Beantwortung der vom Gegner gestellten Positionen eben auch der Echtheitsbeweis eine Erleichterung findet, läßt sich auch im canon. Processe von dem Bestande einer zur Erleichterung des Echtheitsbeweises dienenden Verpflichtung des Producten sprechen, die aber von jener sogenannten Agnitionspflicht ganz verschieden ist.

---

[62]) Wie sie im sächsischen Processe, u. z. unter Forderung ausdrücklicher Erklärung und auch für öffentliche Urkunden bestand, s. Endemann Beweislehre S. 343, und auch für den gemeinen Civilproc. trotz des Satzes, daß öffentliche Urkunden der Recognition nicht bedürfen, wenigstens insoweit gelehrt wird, als die Unterlassung der Anfechtung der producirten öffentlichen Urkunde als stillschweigende Anerkennung der Echtheit derselben (Agnition, poena agnitu) betrachtet wird. S. Gensler im civil. Archiv. Bd. 1. S. 60. 61. Bd. 2. S. 318 u. ff.; Schmid l. c. II. § 150. pr.; Wetzell l. c. S. 212. 896; Langenbeck l. c. S. 644; Guyet im civil. Arch. Bd. 40. S. 163 u. ff.; Endemann Civilproc. § 219. II.; Renaud in der Zeitschr. f. CivilR. u. Proc. N. F. Bd. 18. S. 321 u. ff. u. Civilproc. § 115.

[63]) Vgl. unter den oben II. Abschn. 2. Cap. a.) Note 5 Citirten z. B. nur Durantis lib. II. part. 1 de positionibus. § 4, wo bemerkt wird pr.: Positiones „generaliter quandocunque et ubicunque probatio admittitur, fieri possunt“ . . . . . Nr. 2: . . . „et breviter super quibuslibet dubiis fieri possunt positiones et interrogationes usque quo fuerit in causa conclusum etiam publicatis attestationibus, sicut fit in instrumentorum productione“ . . . . Nr. 4: . . . „Et tene pro regula, ut quandocunque aliquid intendis probare, prius quam recipias terminum ad probandum, facias positiones, per quarum responsiones forte liberaberis ab onere alterius probationis.“ S. auch Zimmermann Glaubenseid S. 384. 386. 389. 391. 392. Durch Nr. 61 u. 62 der Beilagen wird bezeugt, daß bei Urkunden, welche von der Hand des Producten selbst herrühren, die Echtheit als ein Punkt betrachtet wurde, über welchen auch ohne Positionalverfahren der Product vom Producenten nach Art und mit der Wirkung der römisch-rechtlichen Interrogatio in jure befragt werden darf. Es wird ein „terminus ad recognoscendum chirographum“ gestellt, in welchem Product persönlich zu erscheinen hat und aufgefordert wird: „quod confiteretur vel negaret, an dictum chirographum esset de manu sua“, worüber in Nr. 61 Product „viso dicto chirographo confessus est esse de manu sua.“

Ist jedoch die producirte Urkunde eine einfache Privaturkunde, so werden dem Richter auch bei noch so tadelloser äußerer Beschaffenheit derselben durch die bloße Vorlage des Originals gar keine Gründe dafür geboten, daß sie von dem als Aussteller Angegebenen herrühre und es muß daher, wenn der Product dieß eben in Abrede stellt, der Producent nach allgemeinen Grundsätzen den Beweis dessen erbringen. Denn daß derjenige, welcher zum Behufe einer ihm obliegenden Beweisführung eine Urkunde producirt, damit implicite auch die für den Proceß sehr relevante (wenn die intendirte Beweisführung nemlich selbst relevant ist) Thatsache ihrer Echtheit behauptet, ist nach der Natur und dem Zwecke dieses Actes ebenso gewiß [64]), als es andererseits unzweifelhaft ist, daß er dieselbe, wenn sie vom Gegner geleugnet wird, ebenso wie jede andere relevante Thatsache beweisen muß. Daß nun im canonischen Processe der Producent hiefür zunächst Positionen stellen und sich dadurch diese Beweisführung möglicherweise erleichtern kann, wurde bereits oben hervorgehoben; im Gebrauche der Mittel für den Echtheitsbeweis ist der Producent in keiner Weise beschränkt und keines der Mittel, welche für den Beweis überhaupt verwendbar sind, erlangt dadurch etwas Eigentümliches, daß es gerade zum Echtheitsbeweise gebraucht wird. Dieß gilt namentlich auch vom Eide, der hier nur in der gleichen Weise, wie für den Beweis überhaupt zur Verwendung kommen kann. Den eigentümlichen Diffessionseid des gemeinen deutschen Civilprocesses, zu welchem der Product sich vermöge der ihm hier obliegenden Recognitionspflicht [65]) beim Leugnen der Echtheit erbieten und den er sodann über Begehren des Producenten auch leisten muß, kennt der canonische Proceß nicht. Es fehlt also hier an jener in ihrer Bedeutung für den Proceß gewiß nicht zu unterschätzenden und sachlich nicht unmotivirten Begünstigung, welche dem Echtheitsbeweise im gemeinen Civilprocesse daraus erwächst, daß Producent zu demselben erst zu schreiten braucht, wenn er es auf den vom Producten mit dem Leugnen der Echtheit angebotenen Diffessionseid nicht ankommen lassen will, aber der canonische Proceß kann dieselbe auch beim Bestande der Verpflichtung des Producten, auf die auch behufs des Echtheitsbeweises dem Producenten freistehenden Positionen unter seinem schon nach der Litiscontestation abgelegten allgemeinen Calumnieneide zu antworten, leicht vermissen. In zwei Richtungen aber treten allerdings am Echtheitsbeweise besondere Eigentümlichkeiten hervor. Einmal

---

Von einer Recognitionspflicht in dem späteren gemeinrechtlichen Sinne (s. unten Note 65) kann da aber nicht die Rede sein.

[64]) S. Haimerl in s. Magazin. Bd. 9. S. 46. 47.

[65]) Ueber diese aus dem sächsischen Processe hervorgegangene Recognitionspflicht, sowie über den Diffessionseid und die damit im Zusammenhange stehende Recognoscibilität der Urkunden s. bes. Glück Pand. Bd. 22. § 1163 u. ff.; Schmid l. c. II. § 150 c. l. mit die da Note 47 Citirten; Langenbeck l. c. S. 656 u. ff.; Wetzell l. c. S. 714 u. ff.; Endemann Beweislehre S. 343 u. ff. u. § 85. Civilproc. § 219; Renaud l. c. § 117; Zimmermann Glaubenseid § 48. Dagegen neuestens Bülow im civ. Arch. Bd. 62. S. 34—36.

rücksichtlich des Gegenstandes dieses Beweises, indem sich derselbe regelmäßig auf die Thatsache der Unterfertigung der Urkunde durch den Aussteller, resp. in seinem Auftrage beschränken kann. Dieß wurde bereits im I. Abschn. 4. Cap. ausgeführt und begründet. Und sodann in der Beziehung, daß sich für den Echtheitsbeweis ein besonderes, eigenes Beweismittel in der Schriftenvergleichung darbietet, das vom römischen Rechte ausdrücklich anerkannt[66]) und im canonischen Rechte ohne selbstständige Bestimmungen darüber aufgenommen ist. Der Producent kann hiernach den ihm obliegenden Echtheitsbeweis dadurch liefern, daß er eine andere Urkunde beibringt, von welcher feststeht, daß sie die eigenhändige Schrift des als Aussteller der eben in Frage stehenden Urkunde Bezeichneten enthält und sich darauf stützt, daß eine sorgfältige Vergleichung der ersteren (scriptura, ex qua) mit der Schrift, resp. Unterschrift der letzteren die Ueberzeugung begründet, daß beide Schriften von der nemlichen Hand herrühren, also der feststehende Autor der ersteren Schrift auch die letztere Urkunde geschrieben oder unterschrieben haben muß und demnach auch deren Aussteller ist. Es muß wol sofort auffallen, daß diese Beweisführung unter den Begriff des künstlichen Beweises fällt[67]) und daß somit die beweisführende Partei wol das ganze Material herbeizuschaffen hat, aus welchem all die Schlußfolgerungen, aus denen sich der Beweis hier zusammensetzt, zu gewinnen sind, daß aber die von der Partei daraus entwickelten Argumente und Schlußfolgerungen selbst für den Richter gar nicht maßgebend sind, sondern dieser darin ganz selbstständig vorzugehen hat. Wie nach römischem, so ist auch nach canonischem Rechte diese Beweisführung nur subsidiär, d. h. nur zulässig, wenn Producent einen Eid vor Gefährde dahin ablegt, daß ihm andere Beweismittel hiefür gänzlich abgehen, dagegen sind die von Justinian gemachten Beschränkungen rücksichtlich der scriptura ex qua, wornach nur gewisse, in Betreff ihrer Echtheit besonders gesicherte Urkunden als Vergleichungsurkunden verwendet werden durften[68]), schon von der älteren canonistischen Doctrin nicht streng festgehalten, in der späteren Lehre aber ganz fallen gelassen worden[69]), so daß jede Urkunde,

---

[66]) l. 20. C. de fide instrum. (4. 21.); nov. 49. c. 2; nov. 73. Vgl. Zimmern l. c. § 149; Klüpfel im civil. Arch. Bd 2. S. 333 u. ff.; Bethmann-Hollweg l. c. III. S. 285.

[67]) Wie dieß auch Bayer l. c. § 259 u. Renaud l. c. S. 327 hervorheben. S. ganz Heusler im civ. Arch. Bd. 62. S. 314.

[68]) Klüpfel l. c. S. 334 u. ff. gibt dieselben genau und ausführlich nach den oben Note 66 cit. Gesetzen; vgl. auch Glück Pand. Bd. 22. S. 87 u. ff.; Bayer l. c. S. 862. 863; Wetzell l. c. S. 218; Langenbeck l. c. S. 652.

[69]) Während Pillius l. c. p. 1. § 3. i. f. ganz nach den Justinian'schen Bestimmungen erklärt: „quod comparatio fit ex quinque generibus instrumentorum", erwähnen Tancredus l. c. p. 4. tit. 3. § 2 c. f. u. Durantis l. c. lib. II. part. 2. de prob. § 7. Nr. 25 davon gar Nichts. Mascardus l. c. Vol. 1. concl. 330. Nr. 34 u. 35 verweist über diese Frage allerdings noch auf Bartolus, aber schon Menochius, der die ganze Theorie über die Handschriftenvergleichung l. c. casus 114 sehr ausführlich behandelt, lehret ebenda Nr. 29, daß die comparatio sumi potest „in summa ex omni alia scrip-

deren Echtheit feststeht, zur Vergleichung verwendet werden kann. Ist der Beweisführer nicht in der Lage, eine derartige Urkunde beizubringen, so kann der Product wenigstens nach der Theorie der Canonisten vom Richter ohneweiters verhalten werden, vor Gericht etwas zu schreiben, damit auf diese Weise die erforderliche Vergleichungsurkunde gewonnen werde[70]). Die zum Beweise erforderlichen Ueberzeugungsgründe sollen durch die Vergleichung der Handschriften gewonnen werden, daher hat allerdings der Richter die Vergleichung selbst vorzunehmen; da aber die möglichst zuverlässige Beurteilung der Frage, ob die verglichenen Schriften von der nemlichen Hand herrühren, immer besondere Kenntnisse im Schreibfache voraussetzt, so fordert schon die Natur der Sache, daß der Richter auch immer Sachverständige dazu beiziehe und deren Gutachten für seine Ueberzeugungsbildung verwende. Dieß ist auch in den citirten Bestimmungen des römischen Rechts (l. 20. C. h. t. 4. 21. u. nov. 49. c. 2. i. f.) angeordnet und somit auch für den canonischen Proceß maßgebend[71]). Wie aber schon Justinian selbst, so hat auch insbesondere die canonistische Doctrin auf die Unverläßlichkeit dieser Beweisführung stets hingewiesen und wenngleich dieselbe ihrer ganzen Haltung in der Erörterung des Resultates bestimmter Beweisführungen entsprechend auch hier bemüht war, die Beweiskraft der Handschriftenvergleichung unter Heranziehung und Abwägung aller möglichen etwa in Betracht kommenden Umstände genau abzumessen, so hat sie doch immer herausgefühlt, daß mit diesen Abmessungen die Sache niemals ganz abgethan ist und ist schließlich auch zu dem allein richtigen Resultate gekommen, daß es dem Ermessen des Richters

---

tura, modo certa sit' u. Scaccia l. c. lib. II. cap. 11. Nr. 1065 scheint dieß zu billigen, da er sich auch Nr. 1067 rücksichtlich der „controversia, quae sint istae literae, quae certo dicantur exaratae seu habentur pro exaratis manu ejusdem" schließlich wieder auf die angeführte Stelle von Menochius beruft. Dieß beweist wol, daß nicht etwa der „deutsche Gerichtsgebrauch" jene Beschränkungen hat fallen lassen, wie im gemeinen Civilproc. meist gelehrt wird. Vgl. Wetzell l. c. S. 213. Note 78; Langenbeck l. c. S. 653; Endemann Beweislehre S. 352. 353. Civilproc. § 219. Note 21; Renaud l. c. § 117 Note 39.

[70]) Dieß deuten schon an Tancredus l. c. p. 4. tit. 3. § 3. c. f. und nach ihm Durantis l. c. lib. II. part. 2. de prob. § 3 Nr. 25: „Probatur etiam (falsitas instrumentorum) .... per comparationem scripturae, et modum dictaminis et quibusdam aliis modis." Entschieden Mascardus l. c. Vol. I. concl. 330. Nr. 22. 23; Menochius l. c. cas. 114. Nr. 12; Scaccia l. c. lib. II. cap. 11. Nr. 940; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 1. X. de probat. (2. 19.) Nr. 8. Vgl. dazu Schmelkart in der Ztschr. f. CivilR. u. Proc. A. F. Bd. 4. S. 340 u. ff. gegen Mittermaier ebenda Bd. 3. S. 168 u. ff.; Wetzell l. c. S. 214; Langenbeck l. c. S. 653. 654; Endemann Civilproc. § 219. Note 21; Renaud l. c. § 117. Note 42.

[71]) S. Mascardus l. c. concl. 330. Nr. 34. Dagegen jedoch Menochius l. c. cas. 114. Nr. 26 mit Berufung auf Baldus und ebenso Scaccia l. c. lib. II. cap. 11. Nr. 1061, welche die Ansicht vertreten: „sicque in arbitrio judicis est, facere eam (comparationem) sine peritis vel cum peritis." Daß die Frage auch in der späteren Doctrin noch streitig war, s. bei Renaud l. c. § 117. Note 32.

überlassen werden muß, den Erfolg dieser Beweisführung im concreten Falle zu bestimmen[72]).

Gegenüber dem vom Producenten unternommenen Echtsheitsbeweise steht dem Producten, wie bei jeder anderen Beweisführung der Gegenbeweis, also der Beweis der Unechtheit, resp. der Fälschung offen, rücksichtlich dessen das oben bei den öffentlichen Urkunden Gesagte gilt.

Unterläßt Product jedwede Anfechtung der Echtheit der vorgelegten Privaturkunde, so hat auch der Richter dieselbe nicht in Frage zu ziehen. Doch steht es dem Producten jederzeit frei, den Beweis der Fälschung zu unternehmen und kann derselbe zu diesem Zwecke sogar nochmalige Vorlage der Originalurkunde begehren, wenn er einen Eid dahin leistet, daß er dieses Begehren in dem guten Glauben stellt, die Fälschung beweisen zu können[73]).

Der Product kann sodann

c.) die in der äußeren Beschaffenheit der Urkunde etwa vorhandenen Mängel (vitia visibilia) geltendmachen, wie z. B. Durchstreichungen, Correcturen, Radirung, Auslassungen, Einschaltungen, Verletzungen der Urkunde durch Wegreißen, Herausschneiden einzelner Teile des Blattes, verschiedene Handschrift oder Tinte u. dgl. Welche Wirkung er damit zu erzielen vermag, hängt von dem Charakter und der Bedeutung eben des Mangels ab, den er zu rügen Anlaß findet. Ist ein solcher Mangel von der Art, daß dadurch der wesentliche Inhalt der Urkunde, auf den es bei der vorliegenden Beweisführung mit derselben eben ankommt, oder ein wesentlicher Teil desselben alterirt erscheint, so wird dadurch die Echtheit der Urkunde in Frage gestellt, indem dieser Mangel dem Producten zum Stützpunkte der Behauptung dient, daß die Urkunde, deren Unterfertigung oder Ausstellung von Seite des als Aussteller Bezeichneten er nicht in Abrede zu stellen vermag, wenigstens in dem betreffenden Teile nicht vom Aussteller herrührt. Das hat sowol für öffentliche Urkunden, als auch für Privaturkunden, deren Unterschrift, resp. Ausstellungsact der Product eben nicht bestreiten kann, eine sehr große Bedeutung und wenn, wie bereits oben im I. Abschn. 4. Cap. ausgeführt wurde, der Producent hiegegen nicht nachzuweisen vermag, daß trotz des Mangels der Inhalt der Urkunde vollkommen unverändert geblieben ist, so kommt für die mit solcher Urkunde unternommene

---

[72]) S. Tancredus u. Durantis in den oben Note 70 cit. Stellen; Mascardus l. c. concl. 330. Nr. 1 u. ff., wo Nr. 10 bemerkt wird: „in hoc multum operari judicis arbitrium; Scaccia l. c. lib. II cap. 11. Nr. 940 u. ff; Menochius l. c., cas. 114 Nr. 1 u. ff., der Nr. 7 geradezu erklärt: „Ego opinor hoc esse in judicis arbitrio positum“ und dieß dann weiter begründet. Aus diesen Stellen ist vollkommen ersichtlich, daß es unrichtig ist, wenn man annimmt, als habe die ältere Doctrin der Handschriftenvergleichung immer nur höchstens die Kraft eines halben, gar nie die eines ganzen Beweises zuerkannt. Vgl. dazu Schmid l. c. II. S. 203; Bayer l. c. S. 864. 865; Wetzell l. c. S. 213. Note 80; Endemann Beweislehre S. 352 u. ff. Civilproc. § 219. III. A. 2 i. f. u. Note 23; Renaud l. c. § 117.

[73]) l. 21. C. de fide instrum. (4. 21.).

Beweisführung Alles darauf an, ob und inwieweit der übrige Inhalt derselben für das, was Producent beweisen will, noch Beweisgründe zu liefern vermag[74]). Daß da der concrete Fall sehr verschieden liegen, in dem einen Falle der durchstrichene, radirte, weggerissene u. dgl. Teil für den ganzen Inhalt geradezu bestimmend, in dem andern Falle nur von geringerer oder gar keiner Bedeutung sein kann, liegt auf der Hand und es ergibt sich daher auch von selbst, daß dieß nur durch die Prüfung des Richters, für welche die Parteien in den ihnen zustehenden Erörterungen über den geltendgemachten Mangel die bestimmenden Gründe hervorheben mögen, bestimmbar ist. Darüber wurde bereits im I. Abschn. 4. Cap. gehandelt. Berührt dagegen der geltendgemachte Mangel den wesentlichen Inhalt der Urkunde gar nicht, so kann nur in Frage kommen, ob nicht die Zuverlässigkeit dieses Beweismittels rücksichtlich seines ganzen Inhaltes schon durch den Umstand allein eine Erschütterung, also die Beweiskraft der Urkunde eine Herabminderung erleide, daß solche Gebrechen in der äußeren Beschaffenheit derselben vorliegen. Im Allgemeinen wird sich dieß sicherlich nicht behaupten, aber ebenso wenig bestimmen lassen, daß solche Mängel für die Beweiskraft der Urkunde gänzlich gleichgiltig seien. Gerade gegenüber der ganz extremen mittelalterlichen Theorie, welche auf die tadellose äußere Form der Urkunde einen so hohen Wert legt, daß ihr eigentlich jedwedes noch so geringfügige Gebrechen schon als etwas Bedenkliches, für die Beweiskraft nie gleichgiltig erscheint[75]), hebt das canonische Recht selbst, z. B. in c. 3. X. h. t. (2. 22. vgl. auch c. 11. X. eod.) einen ziemlich eclatanten Fall solcher Gebrechen (literae abrasae) hervor und gestattet demselben keinen Einfluß auf die Beweiskraft der Urkunde, u. z. deßhalb, weil sich die „abrasio“ nur in einem für die Beweiswirkung in dem bezüglichen Falle irrelevanten Teile der Urkunde vorfand. Darnach darf wol unbedenklich rücksichtlich aller derartiger äußerer Mängel die Anschauung der Quellen des canonischen Rechts dahin festgestellt werden, daß auch da, also überhaupt in jedem Falle, wo Gebrechen dieser Art vorliegen, die Bedeutung derselben für den Beweis sich nach der Beschaffenheit des concreten Falles richtet und daß es sonach nur Aufgabe desjenigen, der eben zur Klarlegung und Entscheidung des concreten Falles berufen ist, also des Richters sein kann, dieß zu prüfen und nach seinem Ermessen zu beurteilen, eine Anschauung, welche so sehr in der Natur der Sache liegt, daß die alte Doctrin mit all ihrem Bestreben, die einzelnen Mängel a priori theoretisch zu beurteilen und ihren Einfluß auf die Beweiskraft der Urkunde in abstracto abzumessen und festzusetzen, schließlich doch auch nur darauf hinausgekommen ist[76]).

---

[74]) Hieher ist die in der älteren Doctrin vielfach ventilirte Frage, ob „falsitas in una parte instrumenti facit praesumi totum instrumentum falsum“ zu beziehen. Vgl. darüber Durantis l. c. lib. II. part. 2. de instrum. edit. § 9. Nr. 10; Mascardus l. c. Vol. II. concl. 745; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 22. § 5. Nr. 113. 114.

[75]) S. darüber vorzügl. Endemann Beweislehre § 72. 79. 81.

[76]) Vgl. z. B. nur Mascardus l. c. Vol. I. concl. 255 u. Vol. IV. concl. 1261.

Die Mängel der angeführten Art stellen sich größtenteils mit der Vorlage der Originalurkunde selbst dem Auge des Richters dar und es frägt sich, ob dieser auf dieselben sonach auch dann Rücksicht zu nehmen, also in die Beurteilung des Beweisresultates einzubeziehen hat, wenn Product dieselben gar nicht geltendmacht? Soviel ist dießfalls auch nach canonischem Rechte gewiß, daß der Richter, wenn dadurch das Verständniß oder der Zusammenhang des Inhaltes der Urkunde in Frage gestellt, Zweideutigkeiten hervorgerufen werden u. dgl., wie z. B. durch Auslassung, Durchstreichungen, Radirung, unverständliche Correcturen u. s. f., dieselben berücksichtigen muß, denn da ist eben nicht bloß die Form, sondern der Inhalt der Urkunde im Spiele und daß der Richter diesen unabhängig von den Erklärungen des Producten festzustellen und in seiner Wirkung für den Beweis zu beurteilen hat, wird sich noch unten herausstellen. Ist dieß aber nicht der Fall, so erlangt die unterlassene Geltendmachung des Mangels durch das im canonischen Verfahren in Civilsachen vorherrschende Verhandlungsprincip allerdings die Bedeutung, daß auch der Richter den von ihm doch trotzdem wahrgenommenen Mangel als Beweis eines die Beweiskraft der Urkunde alterirenden Momentes nicht ansehen kann[77]). Endlich kann sich

d.) der Product selbstverständlich auch gegen den Inhalt der producirten Urkunde wenden und abgesehen von der Relevanz desselben Alles dasjenige geltendmachen, was nach dem im I. Abschn. 4. Cap. erörterten verschiedenen Charakter desselben die Beweiswirkung der Urkunde auszuschließen oder zu beeinträchtigen geeignet ist[78]). Doch ist die Berücksichtigung und Würdigung solcher die Beweiskraft der Urkunde vermöge ihres Inhaltes beeinträchtigender Umstände von der Geltendmachung derselben durch den Producten keineswegs abhängig. Denn den Inhalt des gebrauchten Beweismittels hat der Richter

---

Schon Menochius l. c. lib. II. cent. II. cas. 187. Nr. 35 u. ff. u. Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 3. X. h. t. (2. 22.) Nr. 5 stellen das arbitrium judicis als das Entscheidende hin. S. dazu Reiffenstuel l. c. II. 22. § 11. Nr. 327 u. ff. u. I. 3. § 9. Nr. 224 u. ff.; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 22. § 5. Nr. 101 u. ff. Glück Pand. Bd. 22. S. 54 u. ff.; Schmid l. c. II. § 145; Wetzell l. c. S. 210; Langenbeck l. c. S. 685 u. ff.; Endemann Civilproc. § 196. II. A. u. oben I. Abschn. 4. Cap. Nr. 2; Heusler l. c. S. 304. 310. 311.

[77]) Vgl. Endemann Beweislehre. S. 329. Note 12; nur bedarf wol der Satz: „Jedes Instrument galt (nach der alten Doctrin), wenn der Gegner dasselbe ausdrücklich oder stillschweigend approbirte, als validum", nach verschiedenen Richtungen einer Beschränkung oder doch einer näheren Erklärung der Bedeutung von „validum."

[78]) Die Erklärung des Producten, daß der Inhalt der Urkunde unwahr sei, die Sache sich ganz anders verhalte, wie sie z. B. in Nr. 52 der Beilagen vorkommt („quod in dictis oppositionibus continetur veritas et plus est scriptum in dicto instrumento, quam fuerit dictum") ist keine Anfechtung der Beweiskraft des Inhaltes der Urkunde, sondern Thema des dem Producten selbstverständlich bis zur Renuntiation auf alle Beweisführungen oder zur conclusio in causa offenstehenden Gegenbeweises, für welchen in obigem Actenstücke auch der terminus ad probandum sofort begehrt und erteilt wird.

hier, wie bei jeder anderen Beweisführung von Amtswegen festzustellen, das ist eben die Grundlage für die ihm obliegende Prüfung des Beweisresultates und daß die unterlassene Anfechtung von Seite des Producten selbst bei der weitesten Ausdehnung des Verhandlungsprincipes den an sich gar nicht oder nur minder beweiswirkenden Inhalt eines Beweismittels, sei dieses nun Urkunde oder Zeugenaussage oder was immer für ein anderes Beweismittel, nicht zu einem vollkommen beweiskräftigen machen kann, bedarf wol keiner weiteren Ausführung.

Ueber die vom Producten geltendgemachten Einwendungen hat der Richter den Producenten zu hören, welcher seine Erwiderungen sofort oder in dazu gesetztem Termine mündlich oder schriftlich vorzubringen hat, wornach die Verhandlung darüber, da eine gesetzliche Beschränkung nicht besteht, so lange gepflogen werden kann, bis die Parteien selbst auf Weiteres verzichten, oder der Richter kraft seines Proceßleitungsamtes den Abschluß anzuordnen findet [79]).

Von den Wirkungen der Production der Urkunde im Beweisverfahren, welche durch den Satz: **testes et documenta productione fiunt communia** ausgedrückt zu werden pflegen, war bereits oben beim Zeugenbeweise (II. Abschn. 2. Cap.) die Rede und ist daher das dort Ausgeführte auch hieher zu beziehen. Daraus ergibt sich auch zur Genüge, was es mit dem anderen von der älteren Doctrin [80]) sorgfältig gepflegten Satze: „**Instrumentum producens apud acta videtur (s. censetur, praesumitur) fateri omnia contenta in eo**“ für eine Bewandtniß hat. Hier ist nur insbesondere hervorzuheben, daß in der Praxis sehr häufig [81]) mit der Production der Urkunde die Protestation verbunden wurde: **produco instrumentum in parte et partibus pro me facientibus** oder **quatenus contra me non facit** und daß dieß wol deßhalb geschah, weil in der Theorie wenigstens von Vielen die Ansicht vertreten wurde, daß sich Producent durch solche Protestation eben jenen für ihn nachteiligen Wirkungen der Production entweder ganz oder doch zum Teile entziehen könne. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht wurde jedoch schon in der älteren Doctrin vielfach unter sehr anerkennenswerter Begründung hervorgehoben [82]) und ist in den bezogenen obigen Erörterungen hinreichend dargethan.

---

[79]) S. Beilagen Nr. 46. 47. 48. 50. 51. 52. 53. 54. 56. 57. 59. 60.

[80]) S. Mascardus l. c. Vol. II. concl. 917 u. Scaccia l. c. lib. II. cap. 11. Nr. 403. 408 u. ff.

[81]) S. z. B. Beilage Nr. 55. Solche Protestationen waren übrigens der Praxis auch in ganz anderen Richtungen, z. B. bei Erwiderung auf rein processualisches (mündliches oder schriftliches) Vorbringen der Gegenpartei sehr geläufig. So acceptirt z. B. in Beilage Nr. 52 der Producent der Urkunde die vom Producten eingebrachten oppositiones contra instrum. productum auch „in parte et partibus pro se facientibus, in partibus vero contra dixit, quod non continent veritatem.“

[82]) S. die ausführliche Behandlung der Controverse bei Mascardus l. c. Vol. II. concl. 917 Nr. 15 u. ff., der da Nr. 18 für die richtige, auf Angelus Aretinus und Baldus zurückgeführte Ansicht den Grund anführt: „et ratio est, quia non est in pote-

Der bisher dargestellte Vorgang umfaßt Alles, was den Parteien zur Geltendmachung, Entfaltung und Erörterung der in einer Urkunde enthaltenen Beweisgründe, der Erfordernisse und Stärke ihrer Wirkung im concreten Falle überhaupt dienen kann und es ist daher das Beweisverfahren damit auch erschöpft. Eine besondere, an das bisher Dargestellte sich nunmehr noch anschließende Verhandlung der Parteien über die Ergebnisse der Beweisführung (durch Impugnation und Salvation) als ein besonderes Stadium des Beweisverfahrens, wie beim Zeugenbeweise, gibt es hier nicht, wenngleich ohne allen Zweifel die Parteien auch hier das Recht haben, alle die Gründe hervorzuheben, welche die unternommene Beweisführung zu ihren Gunsten ergeben hat[83]). Denn zur Ausübung dieses Rechtes bietet der canonische Proceß den Parteien anderweitige, mehr als ausreichende Gelegenheit. Einmal ist solche geboten schon in dem ganzen bisherigen Verfahren. Mit der Production der Urkunde liegt ihr ganzer Inhalt beiden Parteien vor und es wäre zum Mindesten eine sonderbare Proceßführung, wenn die Partei, welche die aus der Urkunde sich ergebenden, zu ihren Gunsten wirkenden Gründe besonders hervorheben und ausführen will, dieß nicht sofort nach der Production zugleich mit ihren anderweitigen Erklärungen über die Echtheit der Urkunde u. dgl. thäte, ja die oben unter d.) erwähnten, dem Producten über den Inhalt der Urkunde zustehenden Bemerkungen müssen in den erwähnten Ausführungen ebenso ihren naturgemäßen Gegenstand finden, wie andererseits der Producent nicht bloß in der Erwiderung auf die Erklärungen des Producten, sondern schon bei der Production selbst die natürliche Veranlassung hat, alle die Gründe speciell auszuführen, welche die Urkunde zu seinen Gunsten ergibt. Für eine abgesonderte, das Beweisverfahren abschließende Erörterung der Ergebnisse der Beweisführung, wie das Haupt- oder Schlußverfahren im gemeinen deutschen Civilproceſſe ist, würde es also hier nach der Natur des Beweismittels in der weitaus größten Regel ganz an Stoff fehlen[84]). Sodann aber ist den Parteien, wenn sie schon nach

---

state partis restringere vim probativam instrumenti producti coram judice et ideo illa protestatio non videtur impedire, quominus judex possit adhibere fidem instrumento etiam contra producentem non obstante ejus protestatione.“ Aehnlich Scaccia l. c. lib. II. cap. 11. Nr. 50 u. ff. Vgl. Durantis l. c. lib. II. part. 2. de instrum. edit. § 6. Nr. 3. 5. 12; J. H. Böhmer J. E. P. lib. II. tit. 19. § 37.

[83]) Soviel kann allerdings aus den diese Erörterung beim Zeugenbeweise insbesondere statuirenden Bestimmungen des canon. Rechts (namentl. c. 15. X. de test. 2. 20.) entnommen werden, obwol es dafür dieser Begründung gar nicht bedarf; keineswegs aber läßt sich eben beim Bestande der allgemeinen Allegationen und Disputationen daraus schließen, daß für diese Erörterungen auch bei jedem anderen Beweismittel ein besonderes Stadium im Beweisverfahren, wie beim Zeugenbeweise, gesetzlich angeordnet oder auch nur zugelassen sei. Weder in gesetzlichen Bestimmungen, noch in der Praxis ist eine Spur davon zu finden. S. dagegen München l. c. I. S. 283, der freilich Bedeutung und Stellung der Allegationen und Disputationen ganz verkennt, indem er sie mit dem gemeinrechtlichen Haupt- oder Schlußverfahren bei der Beweisführung ohneweiters identificirt.

[84]) In der That stellt sich auch im gemeinen deutschen Civilproceſſe das Hauptverfahren

allen ihren sonstigen Erörterungen derartige Ausführungen noch besonders anbringen zu müssen glauben, noch immer in den am Schluße des ganzen Verfahrens im canonischen Processe stattfindenden Allegationen und Disputationen[85]) weitere, vollkommen ausreichende und durch ihre Stellung am Schluße des ganzen Verfahrens auch sehr geeignete Gelegenheit dazu geboten. Es ist nicht zu verkennen, daß in besonders complicirten Fällen des Urkundenbeweises die Parteien in Folge eines unternommenen Echtheits- oder Unechtheitsbeweises, oder wegen anderer in Folge der Einwendungen des Producten hervorgerufener Beweisführungen u. dgl. einen besonderen Grund zu solchen schließlichen Ausführungen der Beweisergebnisse auch hier haben können, aber ebenso ist gewiß, daß sie dazu in den erwähnten Allegationen und Disputationen, deren allgemeiner, von einem bloßen Stadium des Beweisverfahrens wesentlich zu unterscheidender Charakter schon früher (II. Abschn. 1. und 2. Cap.) ausgeführt wurde, volle Gelegenheit finden, es also auch eines besonderen Abschnittes im Beweisverfahren für dieselben hier gar nicht bedarf.

Durch ausdrückliche Bestimmung des canonischen Rechts in c. 4. X. de confirm. utili vel inut. (2. 30.) und c. 16. X. de fide instrum. (2. 22) ist ein besonderes Verfahren angeordnet zu dem Zwecke, das in der Urkunde vorhandene Beweismittel ungeschmälert zu erhalten, wenn es „propter vetustatem", „quasi jam nimia vetustate consumta" der Gefahr ausgesetzt sein sollte, verloren zu gehen. Daß dieß der nemliche Zweck ist, wie derjenige, welchem die Aufname des Zeugenbeweises zum ewigen Gedächtnisse dient, und daß dieses Verfahren wenigstens hiernach auch zur Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse gerechnet werden kann, wenn man diesem Begriffe überhaupt eine über den Zeugenbeweis hinausreichende Berechtigung zuerkennt, ist wol nicht in Abrede zu stellen und wird überdieß von Innocenz III. in c. 4. X. cit. ziemlich klar ausgesprochen, indem er bemerkt, daß er sich „attendentes, quod jure sit civili statutum, ut, quando periculum testium formidatur, ne veritas occultetur et probandi copia fortuitis casibus subtrahatur, etiam lite non contestata testes valetudinarii et alii, de quibus ex aliqua rationabili causa timetur, ad testimonium admittantur, ejusdem aequitatis similitudine" zu dieser Anordnung bestimmt finde. Was in dem Begriffe: Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse mit dem „zum ewigen Gedächtnisse" ausgedrückt sein soll, paßt für das da eingeführte Verfahren mit Urkunden ganz gut, nur der Begriff „Beweisführung" will dazu nicht recht stimmen. Denn dieses Verfahren besteht in der Erneuerung

---

beim Urkundenbeweise in der Regel „wegen Klarheit und Einfachheit der Sache als völlig zwecklos" dar. Vgl. Schmid l. c. II. § 151. Note 1; Wetzell l. c. S. 897; Langenbeck l. c. S. 727; Endemann Civilproc. § 220; Renaud l. c. § 218.

85) Diese sind jedenfalls gemeint, wofür in den Beilagen Nr. 47. 53. 59 u. a. die nähere Begründung und Ausführung vorgebrachter Einwendungen gegen die Urkunde mit der Bemerkung: „rationibus et causis suis loco et tempore dicendis et allegandis" vorbehalten wird.

(Innovation) der so gefährdeten Urkunde unter Intervention des Richters und hat nicht bloß zu dem besprochenen Zwecke, sondern auch dann statt, „si instrumenta . . . . propter aliam justam causam exemplari petantur“ (c. 16. X. cit.)[86]. Die Partei, welche ihre Urkunden in der erwähnten Weise gefährdet sieht, hat sich mit dem Gesuche um Erneuerung derselben entweder an den in der bevorstehenden Proceßsache competenten, oder falls dieser sich noch nicht bestimmen läßt oder Gefahr im Verzuge ist, an einen beliebigen, selbstverständlich ordnungsmäßig bestellten Richter zu wenden, die Gründe ihres Ansuchens auszuführen und die zu erneuernde Urkunde im Originale vorzulegen. Daß der Richter die vorgebrachten Gründe prüfen und, wenn er dieselben offenbar unzureichend findet, das Ansuchen auch zurückweisen kann und soll, ergibt sich aus der gesetzlichen Forderung der „justa causa“ für dieses Verfahren von selbst, wenngleich nicht zu verkennen ist, daß er vermöge der ihn treffenden Verantwortlichkeit mit der Abweisung sehr vorsichtig zu Werke gehen muß. Findet der Richter das Gesuch begründet, so hat er in das vorgelegte Original sorgfältige Einsicht zu nehmen, sich zu überzeugen, daß dasselbe keinerlei Gebrechen habe und darnach der ihm zur Verfügung stehenden „publica persona“, also einem Notar oder Beamten seiner Kanzlei den Auftrag zu erteilen, daß er ein neues Exemplar der vorgelegten Urkunde ausfertige. Diesem ist gesetzlich die gleiche Kraft, wie dem Originale beigemessen und damit ist der Zweck erreicht. Obwol der ganze Vorgang sich als ein außerprocessualischer Act darstellt, so ist es doch gewiß als eine nach Analogie des c. 11. X. de probat. (2. 19.) gestellte Forderung des canon. Rechts zu bezeichnen, daß der Richter denselben protocollarisch aufnehme und constatire. Ueber die Art, wie sich der Richter hiebei die Ueberzeugung zu verschaffen habe, daß die zu erneuernde Urkunde keine Gebrechen habe, sagen die oben cit. Gesetze nichts Näheres. Zwar geht aus denselben klar hervor: jedesfalls immer und zunächst durch die ausdrücklich angeordnete sorgfältige Einsicht der vorgelegten Originalurkunde, aber es ist fraglich, ob er auf das durch solche Einsicht Wahrnehmbare beschränkt sei? Die ältere Doctrin[87] verneint dieß entschieden und hält den Richter sogar für verpflichtet, nicht bloß diejenigen, gegen welche die Urkunde in einem allfälligen künftigen Processe wirken soll, sondern überhaupt Alle, „quos res tangit“,

---

[86] S. oben I. Abschn. 4. Cap. i. f.

[87] S. Innocenz IV. in f. Apparatus super libros V decretalium ad c. 16. X. cit. Nr. 3 u. 4; Durantis l. c. lib. II. part. 2. de instrum. edit. § 3. Nr. 12 u. ff.; § 4. Nr. 18. 19. 20. 23 u. ff.; Mascardus l. c. Vol. II. concl. 712 Nr. 17 u. ff.; Gonzalez-Tellez l. c. Comment. ad c. 16. X. h. t. (2. 22.); J. H. Böhmer J. E. P. II. 22. § 5. 6. Allerdings führt schon Durantis die abweichende Ansicht an l. c. § 4. Nr. 32 i. f.: „Odofredus etiam dixit, quod in exemplatura instrumenti, quae fit per notarium judicis auctoritate, est pars citanda, alias non poterit per exemplum probatio fieri, ut in praedictis juribus. Sed alii hoc negant, cum non inveniatur jure cautum, quod pars sit requirenda ad hoc, dicunt tamen esse tutius, quod citetur.“ S. dazu Joannes Andreae in f. addit. ad h. l. lit. d. u. e.; Rockinger l. c. Bd. 9. S. 697 u. ff.

vorzuladen, deren Einwendungen sowol gegen die Urkunde, als auch gegen das gestellte Begehren zu vernehmen und erst nach Verhandlung derselben das Gesuch zu bewilligen oder zurückzuweisen. Doch damit ist jedesfalls zu weit gegangen; in den angeführten Gesetzen findet sich nicht die Spur einer solchen Forderung und daß so ganz allgemeine Sätze, wie z. B. der von Durantis l. c. § 4. Nr. 26 aus c. 7. X. de officio archidiaconi (1. 23.) herangezogene: „quum ab omnibus, quod omnes tangit, approbari debeat" u. Aehnl. zur weiteren Ausführung eines von den Gesetzen eingeführten u. bestimmten besonderen Verfahrens nicht verwendbar sind, ist wol klar. Ebenso wenig kann man m. E. mit Wetzell l. c. S. 221. Note 98 b „daraus, daß c. 4. X. cit. (2. 30.) ausdrücklich die Analogie der probatio in perp. rei memoriam hervorhebt, folgern, daß die Interessenten, d. h. diejenigen, gegen welche die Urkunde verwandt werden soll, zuzuziehen sind und unter dem Präjudiz der Ausschließung geladen werden dürfen"; denn diese Analogie bezieht sich doch nur auf den Grund, aus welchem Innoc. III. die Innovation der gefährdeten Urkunde zuläßt, resp. anordnet, nicht aber auf das dabei einzuschlagende und erst von Gregor IX. in c. 16 X. cit. näher bestimmte Verfahren. Soviel aber scheint mir aus der letzteren Stelle allerdings hervorzugehen, daß der Richter, wenn ihm eben aus der genommenen Einsicht der äußeren Beschaffenheit der Urkunde Zweifel an der Echtheit derselben aufstoßen, den Gesuchsteller zur Behebung derselben aufzufordern hat und zu diesem Behufe über dessen Begehren erforderlichenfalls auch die Partei, gegen welche die Urkunde verwendet werden soll, selbst unter dem Präjudiz der Ausschließung vorladen darf. Denn der Richter soll hiernach, bevor er die Ausfertigung der neuen Urkunde anordnet, gefunden haben, daß das Original „in nulla sui parte vitiata" sei und dieß ist beim Hervortreten derartiger Zweifel doch gewiß nicht der Fall; das Gesuch deßhalb sofort abweisen, ohne die Begründung solcher Zweifel näher untersucht zu haben, würde gleichfalls gegen die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung verstoßen, da man alsdann doch auch nicht sagen könnte, Richter habe gefunden, daß die vorgelegte Urkunde mangelhaft sei und weise das Gesuch deßhalb zurück, wozu noch hinzukommt, daß dadurch die mit c. 4. X. cit. bezweckte Abhilfe leicht illusorisch würde. Man muß daher meines Erachtens im Sinne der canon. Gesetze den Richter in dem besprochenen Falle nicht bloß als berechtigt, sondern auch als verpflichtet ansehen, die zur Aufklärung und Beurteilung der entstandenen Zweifel unerläßlichen Schritte, wozu nach seinem Ermessen eben auch die mit dem Präjudiz der Ausschließung verbundene Vorladung derer, gegen welche die Urkunde verwendet werden soll, gehören kann, vorzunehmen und dann nach Befund dem Gesuche stattzugeben oder nicht. Doch den Richter in jedem Falle, auch wenn die Einsicht der vorgelegten Urkunde zu keinem derartigen Zweifel Anlaß bietet, dazu als berechtigt und verpflichtet zu erachten, dafür liegt weder in den gesetzlichen Bestimmungen ein Anhaltspunkt, noch ein allgemeiner Grund vor. Denn die bewilligte Innovation macht die Urkunde eben zu keinem besseren Be-

weismittel, als sie ursprünglich war und der bewilligende Richter trägt daher namentlich auch keine Verantwortung für die Echtheit derselben. Nur zur Erneuerung von offenbar Unechtem oder Zweifelhaftem soll er die Hand nicht bieten [65]).

Aus dem Gesagten zeigt sich nun allerdings, daß dieses Verfahren als eine eigentliche Beweisführung oder Beweisaufname vor eröffnetem oder bis zur Beweisführung gediehenem Processe nicht bezeichnet werden kann, was sich auch schon aus dem Umstande ergibt, daß ganz das nemliche Verfahren eben nicht bloß zur Erneuerung einer von der Gefahr des Unterganges bedrohten, sondern auch „propter aliam justam causam“ zur Exemplification einer vollkommen unversehrten Urkunde verwendbar ist. Dennoch aber hat es in der hier eben besprochenen Anwendung sowol der Natur der Sache, als auch den gesetzlichen Bestimmungen gemäß nahe Verwandtschaft mit der Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse und kann daher auch unbedenklich mit diesem Begriffe in Verbindung oder in Parallele gestellt werden.

b.) Im Verfahren in Strafsachen.

In der dem Richter im inquisitorischen Strafverfahren durch das canon. Recht [1]) auferlegten allgemeinen Verpflichtung: „veritatem diligentius perscrutari“ liegt selbstverständlich auch die Forderung, daß er auch jene Beweisgründe zur Entfaltung und Würdigung bringe, welche nach Beschaffenheit des Falles Urkunden zu liefern geeignet sind. Eine so vollständige Durchbildung hat allerdings der ganze inquisitorische Strafproceß — im accusatorischen kommt ohnedieß das unter a.) erörterte Verfahren zur Anwendung — im canonischen Rechte nicht erlangt, daß einerseits die Mittel, durch welche er sich, wie z. B. durch die schon im älteren römischen Strafprocesse selbst dem Ankläger zustehende Hausdurchsuchung [2]), oder durch die im modernen Strafverfahren zulässige Beschlagname der Papiere und Briefschaften des Beschuldigten, den allgemeinen Editionszwang u. dgl. [3]), zur Sache gehörige Urkunden verschaffen kann und andererseits die Art, wie er die Urkunde behufs sicherer Constatirung und Verwertung ihrer Beweiswirkung zu behandeln hat, durch das Gesetz näher bestimmt und geregelt wären. Soviel aber liegt jedesfalls in der Consequenz der

---

[65]) Vgl. überhaupt Schmid l. c. II. § 120. S. 159 u. ff.; Bayer l. c. S. 784—786; Wetzell l. c. S. 221; Langenbeck l. c. S. 910 u. ff.; Endemann Beweislehre S. 323 u. ff. Civilproc. § 161. IV.; Renaud l. c. § 123. i. f.

[1]) c. 24. X. de accus. (5. 1.).

[2]) S. Geib l. c. S. 144. 354; Zumpt l. c. S. 305. 308. Erst aus der spätern Zeit datirt der „Grundsatz, daß ein wirklicher Zwang zur Herausgabe von Urkunden nicht stattfinden sollte“, und mit Recht bemerkt Geib l. c. S. 645 dazu, daß derselbe „mit dem sonstigen Geiste des dermaligen Processes schwer zu vereinigen sein dürfte.“

[3]) Vgl. Mittermaier Strafverf. I. § 65—69; Zachariae l. c. II. § 95—98; Planck l. c. § 89—101.

schon vom canonischen Rechte über das Verfahren per inquisitionem ausgesprochenen Gedanken[4]), daß der Richter, wenn er nach den gepflogenen Erhebungen im concreten Falle erkennt, daß Aufklärungen über den Thatbestand, Beweisgründe für oder gegen die Schuld des Inquisiten aus vorhandenen Urkunden zu gewinnen seien, diese erforderlichenfalls selbst unter Aufgebot der allgemeinen ihm zur Verfügung stehenden Zwangsmittel (namentlich durch Androhung und Verhängung von Censuren) herbeizuschaffen und in der Weise zu verwenden verpflichtet ist, wie es die ihm obliegende Wahrheitserforschung der Natur der Sache nach fordert. Der Richter hat daher selbst darauf bedacht zu sein, daß es der Herbeischaffung des Originales bedarf, wenn durch die Urkunde eine sichere Beweiswirkung soll erzielt werden und daß die bloße Abschrift, wenn sie auch für weitere Erhebungen wichtig und selbst für die Herstellung des Beweises unter Umständen (durch Lieferung von Indicien) nicht ganz belanglos sein kann, weder über die Existenz des Originals, noch über dessen Beweiskraft Auskunft gibt. Er hat unabhängig von den Erklärungen des Beschuldigten die äußere Beschaffenheit der ihm vorliegenden Urkunde in jeder die Beweiskraft derselben berührenden Richtung sorgfältig zu prüfen und sich insbesondere der Echtheit derselben stets aus eigenem Antriebe durch alle zugänglichen Ueberzeugungsmittel, worunter hier ebenso wie im Civilprocesse die Handschriftenvergleichung unter Beiziehung von Sachverständigen gehört, zu versichern, bevor er in die Prüfung ihrer Beweiswirkung eingehen kann. Von der im Civilprocesse dem Verhalten des Producten gegenüber der producirten Urkunde zugeschriebenen Bedeutung für Echtheit und Beweiskraft derselben kann hier keine Rede sein[5]). Das dem Beschuldigten gesetzlich (c. 24. X. cit. 5. 1.) gewährleistete volle Verteidigungsrecht fordert, daß der Richter die Urkunde demselben vorlege, ihm Alles mitteile, was er derselben zu seinen Ungunsten entnehmen zu können glaubt und daß er die von dem Beschuldigten erhobenen Einwendungen gegen Echtheit und Beweiskraft derselben ebenso eingehend prüfe und berücksichtige, als er andererseits die von diesem selbst bezeichneten oder beigebrachten Urkunden, soweit sie sich nicht als offenbar irrelevant darstellen, herbeizuschaffen und zu verwerten hat. Da die Urkunde ihrem Inhalte nach auch für das Strafverfahren von sehr verschiedenem Gewichte ist, je nachdem sie die strafbare Handlung selbst enthält oder als Zeugniß- oder Geständnißurkunde erscheint, so ergibt sich von selbst, daß der Richter diese Verschiedenheit auch bei Erhebung der ihr zukommenden Beweiswirkung wol zu beachten und sie demgemäß auch nach den für die Durchführung des gerichtlichen Augen-

---

[4]) S. c. 21. 24. X. de accusat. (5. 1.); c. 31. X. de simon. (5. 3.); Durantis l. c. lib. III. part. 1. de inquisit. § 3. beſ. Nr. 27 u. ff. Vgl. Biener l. c. S. 28 u. ff., sowie hier I. Teil. S. 9. 120 u. ff. Ueber die Lehre der älteren Doctrin: „Crimen non videtur probari per instrumenta“ s. oben I. Absch. 4. Cap. Note 32.

[5]) Vgl. Mittermaier Beweislehre. § 50. 51; Strafverf. I. § 99. II. § 174. 175; Zachariae l. c. II. § 147; Planck l. c. § 89. 133.

scheins, für die Eruirung und Feststellung eines Zeugnisses oder des Geständnisses maßgebenden Grundsätzen zu behandeln hat [8]). Der Umstand, daß Zeugniß und Geständniß hier von der Person des Autors losgelöst, also in besonderer, selbstständiger Form auftritt, hat aber für die Beurteilung der demselben zukommenden Beweiskraft hohe Bedeutung und bringt es mit sich, daß für die Würdigung dieser beim Indicienbeweise nie außer Acht zu lassenden Beweiswirkung andere Momente (z. B. die Umstände, unter welchen die das Zeugniß enthaltende Urkunde ausgestellt wurde u. dgl.), als bei der persönlich vor Gericht abgelegten und beeideten Zeugenaussage, sowie beim gerichtlichen Geständnisse des Beschuldigten entscheidend sind. Alle diese Momente aufzusuchen und deren Belang im concreten Falle unter Heranziehung des Beschuldigten festzustellen, ist eben, wie bei allen anderen zur Verwendung kommenden Beweismitteln, so auch hier die Aufgabe des vom Richter kraft der aufhabenden Amtspflicht durchzuführenden Beweisverfahrens.

c.) Im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten.

Die eben unter b.) erörterte amtliche Thätigkeit des Richters behufs Herbeischaffung der Urkunde, Feststellung der Echtheit und Entwicklung der Beweisgründe derselben hat auch hier in Anwendung zu treten, soweit es sich um die Constatirung von Thatsachen handelt, von welchen der Bestand und die Wirkungen des kirchlich Spirituellen abhängig sind. Da es sich aber in diesem Verfahren nicht bloß um Thatsachen dieser Art, sondern auch um lediglich privatrechtliche Ansprüche und deren Substantiirung handelt, so kann auch bezüglich derjenigen Urkunden, welche ihrem Inhalte nach nur das letztere Gebiet betreffen, nur das unter a.) dargestellte Verfahren Platz greifen. Daß hier in dem nemlichen Processe solch verschiedenartige Grundsätze in der Behandlung verfügbarer Beweisurkunden neben einander zur Anwendung kommen können, ist lediglich Consequenz der dieses Verfahren eben charakterisirenden Verbindung [9]) wesentlich verschiedenartiger Proceßobjecte. Wenn die Verschiedenheit des Proceßgegenstandes einen principiell verschiedenen processualischen Vorgang überhaupt nach sich zieht, so muß natürlich auch der besondere, zur Eruirung und Entfaltung der in einer Urkunde liegenden Beweisgründe bestimmte Vorgang ein verschiedener sein, je nachdem sich der Inhalt der Urkunde auf den einen oder den andern Proceßgegenstand bezieht. Sache des Richters ist es, seine officielle Thätigkeit auf die derselben überwiesenen Gegenstände zu beschränken und rück-

---

[8]) Vgl. oben I. Abschn. 4 Cap. Nr. 1; Mollor l. c. S. 245. 246; Mittermaier Beweislehre § 48. 52. Strafverf. II. § 176; Zachariae l. c. II. § 147; Planck l. c. § 133.

[9]) Daß diese Verbindung nicht in jedem solchen Processe vorkommen muß, sondern eben nur vorkommen kann, bedarf keiner weiteren Erörterung.

sichtlich der rein privatrechtlichen Fragen die Initiative und den Betrieb der Parteien nach a.) zu erwarten.

---

5. Capitel.

Beim Beweise durch den Eid.

a.) Im Verfahren außer Strafsachen.

α.) Beim Schiedseide.

Will die Partei zur Erhärtung einer Thatsache, deren Beweis ihr im Processe obliegt, des Schiedseides sich bedienen, so muß sie dieß in jedem Falle zunächst in bestimmter Weise und zu rechter Zeit erklären. Von einer unmittelbaren Vorlage des Beweismittels, wie sie bei Zeugen und Urkunden nach dem oben Gesagten ohne jedwede dießfalls vorausgegangene Erklärung (Anbietung) ohneweiters statthat, kann hier aus dem einfachen Grunde keine Rede sein, weil sich der Schiedseid für eine ähnliche Vorlage eben nicht eignet, hier vielmehr Anbietung und Production immer nur im Wege der Erklärung, u. z. einer Erklärung von wesentlich gleichem Inhalte erfolgen kann. Im canon. Processe kann dieß nun die Partei schon sofort mit dem Vorbringen der Klage, resp. der Exceptio, u. z. hier mit voller Wirkung thun, so daß sie dann nach der Litiscontestation, wenn sich nach Beantwortung der gestellten Positionen oder in Ermangelung dieser (da sie ja nicht obligatorisch sind) durch die Einlassung des Gegners überhaupt die Notwendigkeit des Beweises der betreffenden Thatsache wirklich herausstellt, diese Erklärung nicht mehr zu wiederholen, sondern allenfalls nur, um die Aufmerksamkeit des Richters wachzurufen, darauf zu verweisen braucht. Denn für das dem Richter zustehende, resp. obliegende Eingreifen in das Beweisverfahren ist eine solche anticipirte Beweisanbietung oder Beweisvorlage, wie oben (II. Abschn. 2. Cap. pr.) ausgeführt wurde, immer maßgebend und hinreichend, nur der Proceßgegner braucht sich darum nicht zu kümmern und hier bei der Eidesdelation führt in der That, wie sich weiter unten zeigen wird, die Erklärung, mit welcher dieselbe, sei es wann immer erfolgt, zunächst zu gar keiner Beteiligung des Proceßgegners, sondern nur zu einem Eingreifen des Richters und deßhalb hat die so anticipirte Delation auch die volle Wirkung, wie die nach der Litiscontestation an gehöriger Stelle erfolgte [1]). Daß aber Gründe vorhanden seien, welche es der Partei als rathsam

---

[1]) Durch die anticipirte Eidesdelation wird sonach auch hier, wie im gem. dtsch. Civilproc. (s. dießf. Mittermaier im civil. Arch. Bd. 1. S. 189; Wetzell l. c. S. 707; Endemann Civilproc. § 160. I.; Renaud l. c. § 147. i. f.) der Gegner zur Einlassung nicht verpflichtet; doch der Grund dessen liegt bei der Eidesdelation nicht, wie beim Zeug-

erscheinen lassen könnten, von solcher, wenngleich mit voller Wirkung zulässigen Anticipation der Eidesdelation auch wirklich Gebrauch zu machen, kann sicher nicht gesagt werden. Als einziges Moment ließe sich dafür allenfalls das geltendmachen, daß der Anticipirende seinen Proceßgegner zu wahrheitsgetreuer, gewissenhafter Beantwortung der folgenden Positionen oder überhaupt Erwiderung auf die Klage oder Exceptio um so mehr dadurch anhalten kann, wenn er ihm gleich von Vornherein in Aussicht stellt, daß er über bestimmte, da vorgebrachte Thatsachen werde den Haupteid schwören müssen. Doch das ist gegenüber dem in dieser Richtung weit kräftiger wirkenden Calumnieneide, sowie bei dem Umstande, als der Proceßgegner ja ohnedieß auch weiß, daß ihm über eine von ihm bestrittene Thatsache der Eid aufgetragen werden kann, jedesfalls nur ein sehr schwaches Motiv für die erwähnte Anticipation, andere und wichtige Gründe aber sprechen entschieden dagegen. Wer zur Eidesdelation greift, um seiner Beweispflicht zu genügen, thut dieß im Allgemeinen bei der trotz aller gesetzlichen Vorsichten und Cautelen doch immer nicht wegzuleugnenden Unzuverlässigkeit solchen Beweises doch immer nur notgedrungen, wenn ihm eben gar kein anderes Mittel zu Gebote steht, seinen Beweis zu erbringen und dieß allein ist dafür, daß die Partei mit der Eidesdelation erst dann hervortrete, wenn sie die Notwendigkeit der ihr obliegenden Beweisführung erkannt hat, schon derart bestimmend, daß von weiteren dießfälligen Erwägungen füglich Umgang genommen werden kann [2]).

Bevor sich der Partei aus der Beantwortung der von ihr gestellten Positionen oder, wenn solche nicht gestellt wurden, aus der Einlassung ihres Gegners die Ueberzeugung von dem Umfange und Inhalte der sie treffenden Beweispflicht ergeben hat, ist sie nicht gehalten, sich über die von ihr beabsichtigte Beweisführung überhaupt oder mit einem bestimmten Beweismittel insbesondere auszusprechen und nach dem Gesagten hat sie bei Verwendung des Schiedseides insbesondere in der Regel auch Anlaß, jetzt erst zur Delation desselben schreiten. Begehrt die zur Beweisführung nun übergehende Partei, wie es ihr freisteht, zunächst einen allgemeinen Beweistermin oder wird ihr ein solcher, wozu es ja gleichfalls kommen kann, vom Richter gestellt, so muß sie die Eidesdelation, von der sie Gebrauch zu machen gedenkt, auch innerhalb dieses Termins vornehmen, sonst kann sie dieß im weiteren Verlaufe des Processes wann immer thun, bis **probationibus et allegationibus renuntiatum et in causa conclusum**

---

und Urkundenbeweise dieß allerdings der Fall ist (s. oben II. Abschn. 2. u. 4. Cap.), in der Anticipation, sondern darin, daß sich im canon. Processe, wie unten näher ausgeführt ist, der Gegner auf die Eidesdelation überhaupt, wann immer sie erfolgen mag, vor der Approbation derselben durch den Richter nicht einzulassen braucht.

[2]) Daß man darnach aber nicht zu weit gehen und hier ebenso wenig, wie beim Zeugenbeweise, sagen dürfe, Zeugen und Eidesdelation eigneten sich gar nicht zur Anticipation, wird auch für den gem. dtsch. CP. gegenüber Planck l. c. S. 360 von Langenbeck l. c. S. 889 besonders hervorgehoben.

est [3]). Ob sie vorher schon andere Beweismittel verwendet hat und nunmehr nur zur größeren Sicherung des bezielten Erfolges oder in der Besorgniß, resp. Erkenntniß, daß der Beweis mit denselben nicht erbracht sei, noch zur Eidesdelation greift, oder ob sie nur von der Eidesdelation allein Gebrauch machen kann oder will und daher sofort mit derselben auftritt, das hat weder auf die Berechtigung dazu, noch auf die Art und Zeit derselben einen Einfluß. Denn daß der Schiedseid nicht in dem Sinne subsidiären Charakter hat, daß er nur dann deferirt werden könnte, wenn die Partei gar kein anderes Beweismittel zur Verfügung oder mit keinem der ihr außerdem zu Gebote gestandenen und sonach auch verwendeten den gewünschten Erfolg erzielt hat, wurde bereits im I. Abschn. 5. Cap. gegen die dießfalls in der älteren Doctrin häufig und namentlich von den hervorragendsten Canonisten (Durantis, Abbas, Joannes Andreae, Hostiensis) festgehaltene Ansicht dargethan. Als die eigentliche Grundlage dieser abweichenden Ansicht der älteren Theorie war in derselben, u. z. von der nemlichen Seite außerdem auch die Meinung nachdrücklich vertreten [4]), daß die Partei zu wirksamer Eidesdelation nur dann schreiten könne, wenn sie bereits für die Thatsache, worüber sie den Eid deferiren will, wenigstens einigen Beweiseffect zu erbringen vermochte. Allein diese im Wesentlichen doch nur auf den Satz: actore non probante reus, etsi nihil praestiterit, absolvitur gegründete Ansicht fand in der älteren Doctrin selbst schon so lebhafte Opposition, daß Boërius, Cravetta, Purpuratus die entgegengesetzte Meinung, welche das genannte Erforderniß wirksamer Eidesdelation nicht kennt, als die communis, magis communis oder verior et aequior opinio hinstellen [5]), und mußte um so mehr jeden Halt verlieren, je mehr die Auffassung zur Geltung kam, daß in der Eidesdelation eben auch ein probare liege und je mehr sich die Trennung der Eidesdelation von den notwendigen richterlichen Eiden, auf deren Vermengung obige Ansicht zu großem Teile beruhte, in der wissenschaftlichen Behandlung vollzog. So wenig als das römische [6]), bietet das canonische

[3]) Vgl. Pacianus tractat. de probat. lib. I. cap. 70. Nr. 9. 14; Schulte Eheproc. S. 189. Nr. VI; Endemann Civilproc. S. 792 u. Beweislehre § 117.

[4]) Als Urheber an der Spitze steht Durantis l. c. lib. II. p. 2. de juramenti delatione. Nr. 4. die Anhänger dieser Lehre, sowie überhaupt die ganze Controverse s. bei Mascardus l. c. Vol. II. concl. 959. Nr. 6 u. ff.; Pacianus l. c. lib. I. cap. 70. Nr. 2 u. ff.; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 2. X. de prob. (2. 19.) Nr. 5; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 3. Nr. 25 u. ff.; vorzüglich jetzt Muther Gewissensvertretung S. 13. u. ff.; Nissen Gewissensvertretung. S. 31 u. ff.; Zimmermann Glaubenseid. S. 227. 240; Endemann Beweislehre § 108. 109.

[5]) Nach dem Berichte von Mascardus l. c. Nr. 6, wogegen allerdings Pacianus l. c. Nr. 2 i. f. bemerkt: „Et quamvis nonnulli dicant hanc secundam opinionem (die entgegengesetzte) esse communem, tamen hoc non est verum, si recte fautores utriusque partis enumeraveris."

[6]) S. Zimmern l. c. § 127. 135. 150; Bethmann-Hollweg l. c. II. § 107. III. S. 287 u. ff.; Muther l. c. S. 61 u. ff.; Hinschius Beiträge z. Lehre v. d. Eidesdelat. S. 18. 19; Nissen l. c. S. 1 u. ff.; Zimmermann l. c. S. 5 u. ff.

Recht [7]) einen realen Anhaltspunkt für das durch die erwähnte Ansicht verlangte Erforderniß der Eidesdelation und es kann daher dasselbe für den canonischen Proceß ebenso wenig, als für den gemeinen deutschen Civilproceß aufgestellt werden [8]).

Der Inhalt der Erklärung, durch welche die Eidesdelation erfolgt, besteht darin, daß die beweisführende Partei rücksichtlich der bezeichneten, von ihr behaupteten Thatsache dem Eide des Gegners nachgeben, d. i. dieselbe für die Entscheidung des vorliegenden Processes so als wahr anerkennen wolle, wie sie vom Gegner beschworen werden würde [9]). Eine genaue Formulirung des Eidessatzes ist da nicht erforderlich, die Beziehung auf die vorgebrachte Thatsache genügt, wenn daraus nur deutlich und bestimmt hervorgeht, welche Thatsache gemeint ist und ebenso wenig ist dabei die Stellung eines bestimmten Begehrens nötig [10]).

Ob auf gegnerischer Seite eine physische oder juristische Person [11]) im Processe steht, hat auf die Zulässigkeit und den Inhalt der Delationserklärung keinen Einfluß und wenn sich eine Mehrheit von Personen auf dieser Seite befindet, so hängt es vom Deferenten ab, ob er zum Behufe der von ihm be-

---

[7]) Daß insbesondere das hier auch hereingezogene c. 2. X. de prob. (2. 19.) keinen Anhaltspunkt liefert, darüber s. Hinschius l. c. S. 4 u. ff.; Nissen l. c. S. 39 u. ff. Zimmermann l. c. S. 224. Note 3 und oben I. Abschn. 5. Cap. Note 40. Obwol noch Schmalzgrueber l. c. § 3. Nr. 34 zur wirksamen Eidesdelation verlangt: „ut actor juramentum deferens juvetur saltem aliquibus praesumtionibus non levibus et arbitrio judicis aestimandis", so bemerkt doch schon Roßhirt canon. Recht S. 606: der genannte Autor „habe eingesehen (?), daß überall im Beweisverfahren es nicht an Anzeigen fehlt und daß fast kein Fall vorkömmt, wo nicht eine Grundlage des artificiellen Beweises schon in dem gegenseitigen Vorbringen der Parteien liegt"; es sei daher, da im canon. Processe „der deferirte Eid nicht in der bloßen Willkür des Deferenten liegt, sondern es einer Zustimmung des Richters bedarf und der Producent überhaupt die factische Grundlage seines Anspruchs stets näher entwickeln wird, die aufgeworfene Frage (ob dem Beweisführer das Recht zur Eidesdelation an den Gegner auch dann zustehe, wenn er noch gar Nichts bewiesen hat?) sogar unnütz."

[8]) S. Wetzell l. c. § 27; Endemann Beweislehre. § 117. Civilproc. § 201; Renaud l. c. § 132. 133.

[9]) In den Beilagen Nr. 63 u. ff. heißt es constant: „N. dixit de hoc nelle stare decisive juramento ipsius N." oder „nelle stare decisive juramento ipsius N., si soluit sibi presbytero quartesium uini dicti anni." Dieß erinnert offenbar an die Vergleichsnatur des Schiedseides und an das darauf beruhende oben (I. Abschn. 5. Cap.) hervorgehobene unterstützende Beweismoment. Vgl. Schmid l. c. II. § 164; Wetzell l. c. S. 893; Renaud l. c. § 213.

[10]) In Nr. 65 der Beilagen ist das ganz allgemeine Begehren angeschlossen: „petens in promissis et circa ea sibi jus et justitiam ministrari."

[11]) Daß juristische Personen zum Calumnieneide und zum juramentum de veritate dicenda kommen, erwähnt das canon. Recht in c. 4. 6. X. de jur. calumn. (2. 7.), c. 2. de test. et attest. in VI^to. (2. 10.) ausdrücklich, wornach wol kein Zweifel bestehen kann, daß auch der Gebrauch des Beweiseides durch die Eigenschaft der Partei als juristische Person nicht ausgeschlossen ist.

abſichtigten Beweisführung allen oder nur einzelnen derſelben den Eid deferiren wolle [12]); zur Einlaſſung in der unten zu erörternden Weiſe iſt jede dieſer Perſonen vermöge ihrer proceſſualiſchen Stellung in der Parteienrolle verpflichtet. Immer aber kann die Delation nur erfolgen an die Gegenpartei ſelbſt, nicht an einen Dritten, der mit dieſer, wenngleich in noch ſo enger materiellrechtlicher Beziehung, doch nicht in der proceſſualiſchen Parteienrolle ſteht. Denn für die Frage der Zuläſſigkeit einer Proceßhandlung der Partei und gegen die Partei, wie es die beſprochene Delationserklärung doch offenbar iſt, kann naturgemäß nur die proceſſualiſche Stellung als Partei, nicht aber irgend ein materiellrechtlicher Zuſammenhang oder ein anderes Moment, z. B. etwa der Umſtand, daß ein Dritter über die Sache beſſer unterrichtet iſt, als die Partei ſelbſt, maßgebend ſein. Daher iſt Eidesdelation an den Auctor, Cedenten, Mandanten, Proceßanwalt u. dgl. des Gegners nicht zuläſſig, wol aber an den Tutor und Curator desſelben [13]), da dieſe nicht bloße Repräſentanten der Proceßpartei, ſondern kraft des bei ihnen auch im canoniſchen Rechte noch aufrecht gebliebenen römiſchrechtlichen dominium litis ſelbſt wirkliche Proceßpartei ſind [14]).

Mit dieſer Erklärung iſt der intendirte Beweis durch den Schiedseid nicht bloß angeboten, ſondern es iſt damit auch, wenn man dieſe Beweisführung mit dem bei anderen Beweismitteln eintretenden Verfahren vergleicht, das Beweismittel, ſoweit dieß hier eben geſchehen kann, vorgelegt, producirt. Denn die beweisführende Partei hat damit ſchon Alles gethan, was von ihrer Seite geſchehen muß, damit die in dem beſtimmten Beweismittel liegenden Beweisgründe wirklich erhoben, der Beweis mit demſelben wirklich ausgeführt werden könne und wenn es nach dem oben (II. Abſchn. 2. Cap.) Geſagten richtig iſt, dieſes Vorgehen des Beweisführers beim Zeugen- und Urkundenbeweiſe Realproduction zu nennen, ſo liegt hier beim Beweiſe durch den Schiedseid dieſer

---

[12]) Dieß ergibt ſich nicht bloß vom Standpunkte der Behandlung des Schiedseides als eines „lediglich von den Parteien zu handhabenden Vergleichsinſtituts“ (Endemann Beweislehre § 131), ſondern auch die im ſpäteren römiſchen und im canon. Rechte vorwaltende Behandlung dieſes Eides als Beweismittel führt dazu. Denn darnach iſt es bei jedem Beweiſe Sache der beweispflichtigen Partei, zu beſtimmen, wie ſie den ihr obliegenden Beweis erbringen wolle und daher hängt es auch hier von ihr ab, ob ſie dieß durch den Eid aller oder nur einzelner ihrer Proceßgegner thun wolle. Freilich kommt es für die Entſcheidung der Sache dann darauf an, ob der Richter dieſe Beurteilung der Partei als richtig erkennt, das dieß iſt bei jeder anderen Beweisführung auch ſo. Sowie nach Endemann l. c. S. 532 beim notwendigen Eide „der Richter zu entſcheiden hat, ob er zu ſeiner Ueberzeugung des Eides eines einzelnen oder aller Streitgenoſſen bedarf“, ſo hat hier beim Schiedseide die beweisführende Partei zu entſcheiden, ob ſie zur Erbringung des ihr obliegenden Beweiſes des Eides eines einzelnen oder aller ihrer Proceßgegner bedarf.

[13]) Vgl. Schmid l. c. II. § 160; Bayer l. c. § 264; Wetzell l. c. S. 219. 243 u. ff; Langenbeck l. c. S. 749 u. ff; Endemann Beweislehre § 131 u. E. Civilproc. § 201. II. B; Renaud in der Zeitſchr. f. CivilR. u. Proc. N. F. Bd. 18. S. 21 u. ff. 161 u. ff. CivilprocR. § 138. III.

[14]) S. darüber beſ. Endemann Civilproc. § 83. 84 u. 91.

Act der Realproduction eben in der bezeichneten Erklärung [15]). Und da ergibt sich die Frage, ob die oben erörterten Wirkungen, welche die Realproduction von Zeugen und Urkunden hat und die unter dem allgemein gebrauchten Ausdrucke: Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel begriffen werden, auch dieser Erklärung zukommen? Nach dem, was oben über die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel ausgeführt wurde, würde dieselbe hier nur darin bestehen, daß dem Delaten jene Beweisgründe, welche der deferirte Schiedseid zu seinen Gunsten ergeben könnte, von dem Momente dieser Erklärung an gesichert wären, daß also der Deferent die vollzogene Eidesdelation einseitig nicht mehr zurücknehmen könnte; denn die andere bei Zeugen und Urkunden in dieser Gemeinschaftlichkeit noch begriffene Wirkung, vermöge welcher der Product die vom Producenten vorgebrachten Zeugen und Urkunden nun auch zu seinen Beweisführungen verwenden kann, ohne Einwendungen gegen die Person dieser Zeugen, resp. gegen die Echtheit der Urkunde vom Producenten befürchten zu müssen, ist auf den Schiedseid seiner Natur nach gar nicht anwendbar, da es sich auf Seite des Delaten (Producten) behufs einer ihm obliegenden Beweisführung niemals um Verwendung des nemlichen Eides, der ihm deferirt wurde, zur Delation an den Deferenten (Producenten) handeln kann [16]). Gerade die genannte Wirkung aber, in welcher hier die Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels bestehen könnte, ist durch ausdrückliche Bestimmung des römischen Rechtes, an welcher das canonische Recht nicht das Mindeste geändert hat, ausgeschlossen. Nach l. 11. C. de rebus cred. et de jurejur. (4. 1.) kann der Deferent die Eidesdelation „usque ad litis terminum“ zurücknehmen [17]) und diese Bestimmung hat auch im canonischen Processe noch ihre volle Geltung [18]). Damit ist aber dem Grund-

---

[15]) S. dagegen Bolgiano in der Zeitschr. für CivilR. u. Proc. Neue Folge. Bd. 17. S. 186, welcher im Zusammenhange mit seiner ganzen, unten noch zu besprechenden Darstellung über die Gemeinschaftlichkeit des Schiedseides jenen Moment als den entscheidenden bezeichnet, in welchem „der Delat eine der gesetzlich zulässigen Erklärungsarten auf die Delation abgegeben hat oder die Frist zur Erklärung unbenützt verstrichen ist.“

[16]) Nach dem in der Parteistellung liegenden sachlichen Gegensatze kann der Eid, welchen der Delat zum Behufe eines von ihm zu führenden Beweises seinem Gegner (Deferenten) deferiren muß niemals der nemliche sein, wie derjenige, welchen letzterer deferirt hat, um einen von ihm beabsichtigten Beweis zu erbringen. Es handelt sich ja nicht um den Schiedseid in abstracto, sondern darum, welchen Eid der Delat in concreto zu schwören hat und das kann niemals der nemliche sein, wie derjenige, welchen der frühere Deferent zu schwören hätte, wenn der Delat zum Zwecke seiner Beweisführung den Schiedseid deferiren wollte.

[17]) S. Zimmern l. c. § 150; Bethmann-Hollweg l. c. III. S. 288; Nissen l. c. S. 9. u. ff.; Schmid l. c. II. S 360; Bayer l. c. S. 893; Endemann Beweislehre § 122 u. Civilproc. § 202. II; Langenbeck l. c. S. 785 u. ff.; Renaud l. c. § 134. Ein Zurückgreifen auf die einmal revocirte Eidesdelation ist sodann aber unzulässig.

[18]) S. Pillius l. c. p. 3. § 6. S. 59; Damasus l. c. tit. 57; Incerti auctoris ordo judic. (Ulpianus de edendo) edid Haenel (Lips 1838.) tit. de jurejurando. S. 37; Mascardus l. c. Vol. II. concl. 959. Nr. 11; Schulte Eheproc. S. 189. Nr. VI.

satze der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel jedweder Inhalt benommen und es kann von demselben hier beim Schiedseide keine Rede sein. Dagegen läßt sich nun nicht sagen: Nicht bloß die dem römischen Schiedseide bei seiner Verwendung in judicio und im canonischen Processe dem Schiedseide überhaupt zukommende Natur eines Beweismittels dränge dazu, jene Consequenzen, welche sich für die Verwendung eines Beweismittels aus allgemein processualischen Grundsätzen ergeben und als welche sich nach dem im II. Abschn. 2. Cap. Gesagten die unter dem Begriffe: Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel zusammengefaßten Wirkungen der Production eines solchen im Beweisverfahren doch nur darstellen, auch für das mit dem Schiedseide zu beobachtende Beweisverfahren anzuerkennen, sondern auch die dem Schiedseide selbst bei seiner Beweisfunction doch immer noch innewohnende Vergleichsnatur müsse bewirken, daß der Deferent wenigstens von dem Momente an gebunden ist, in welchem „der Delat eine der gesetzlich zulässigen Erklärungsarten auf die Delation abgegeben hat oder die Frist zur Erklärung unbenützt verstrichen ist" (indem da das Vertragsverhältniß unter den Parteien perfect geworden sei) und daß somit der Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel wenigstens von dem genannten Momente an und in dem bezeichneten Umfange auch beim Schiedseide gelte. Denn gegenüber der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung hat diese damit in Widerspruch tretende Argumentation aus der Beweismittel- oder Vergleichsnatur des Schiedseides keine Berechtigung und was auch immer der Grund sein mag, der Justinian zu der Anordnung in l. 11. C. cit. bestimmte, das ist gewiß, daß durch diese Anordnung die Führung des Beweises durch andere Beweismittel anstatt durch den Schiedseid gefördert wird und gerade dieses Ergebniß des genannten Gesetzes ist der ganzen Anschauung des canonischen Rechts insbesondere über den Eid so sehr entsprechend, daß an eine Verdrängung desselben durch den allgemeinen Charakter, welchen der Schiedseid im canonischen Rechte angenommen hat und durch die allgemeine Behandlung, die der Eid da erfahren hat, nicht gedacht werden kann [19]).

Dagegen Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 3. Nr. 37—39. Das Widerrufsrecht besteht bis zur wirklichen Ablegung des Eides („antequam praestetur", wie Pillius und Damasus bemerken) und die Frage, ob es nicht wenigstens durch das rechtskräftige Erkenntniß auf den angenommenen Eid ausgeschlossen werde (s. dießfalls Glück Pand. Bd. 12. S. 101 u. ff.; Lotz im Arch. f. civilist. Prax. Bd. 1. S. 282 u. ff.), ist für den canon. Proceß nicht practisch, da diesem, wie sich unten (s. Note 25) herausstellen wird, ein rechtskräftiges Erkenntniß auf den Eid fremd ist.

[19]) Die Bemerkung Endemann's Civilproc. § 202. II.: „Indessen hat die unverkennbare Hinneigung zu der Vergleichsnatur des Eides einer- und die strengere Präclusivität des modernen Processes andererseits dahin geführt, daß jetzt in der Regel der einseitige Widerruf nach Mitteilung des Antrages an den Delaten (trotz der „unklaren" l. 11. C. cit.) dem Deferenten versagt wird," bezieht sich, wie von selbst auffällt, nicht auf den canon. Proceß und enthält doch einen Grund für die vorgetragene Lehre: „Der Deferent ist (im gem. deutschen C. P. trotz l. 11. C. cit. u. der älteren Doctrin) an seine Delation wie an jede Proceß-

Dem Delaten steht es nun zwar frei, auf die Erklärung, mit welcher die Eidesdelation erfolgt, sofort einzugehen und denjenigen Weg einzuschlagen, welchen von den ihm gesetzlich, wie sogleich zu erörtern sein wird, offenstehenden er zu wälen gedenkt[20]). Auch kann er, wenn er die Eidesdelation im vorliegenden Falle überhaupt für unzulässig hält oder Gründe zu haben glaubt, welche ihn berechtigen, die Bewahrheitung resp. Entscheidung durch den Eid im vorliegenden Falle überhaupt abzulehnen, (was mit der im Folgenden auszuführenden Recusationsbefugniß zusammenhängt), dieselben jetzt schon vorbringen und es kann darüber zu einer Incidenzverhandlung unter den Parteien kommen, welche der Richter durch Erteilung oder Verweigerung der Approbation der Eidesdelation entscheidet. In der Structur des canonischen Processes liegt Nichts, was den Delaten hieran hindern würde. Aber verpflichtet ist er dazu noch nicht, diese Verpflichtung desselben wird erst durch die Approbation der Eidesdelation von Seite des Richters begründet[21]); ja im canonischen Processe liegt auf der Approbation des Richters so sehr der Nachdruck, daß geradezu der

---

handlung gebunden", was man, wie Note 40 ganz richtig hinzufügt, „auch hier Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels nennt." Weil die Hinneigung zur Vergleichsnatur des Eides in der processualischen Behandlung desselben immer unverkennbarer hervortrat und strengere Präclusivität um sich griff, schritt die moderne Entwicklung des Processes über die oftgenannte l. 11. C. cit. hinweg. Dagegen argumentirt Bolgiano in der oben Note 15 cit. Abhdlg. (wozu desselben Verf. Aufsatz in der nemlichen Ztschr. Bd. 7. S. 276 u. ff. zu vgl.) S. 184 u. ff. ohneweiters: Der Schiedseid ist eine species transactionis u. da ein Vertragsverhältniß immer etwas beiden Contrahenten Gemeinsames ist, so tritt auch hier, sobald dasselbe zwischen den Parteien perfect geworden ist, Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels ein, deren „rechtliche Folgen" er für Delaten und Deferenten ausführt, wobei nun gerade rücksichtlich des Deferenten Justinians Vorschrift „indessen" nicht zuläßt, was Deferent in Folge der Gemeinschaftlichkeit des Schiedseides eigentlich doch „dürfen sollte." B. übersieht nur, daß es sich ja nicht um die Frage, ob ein Vertragsverhältniß bindende Kraft habe und etwas beiden Parteien Gemeinsames ist, sondern darum handelt, ob die Vertrags- oder Vergleichsnatur des Schiedseides im gem. deutschen C. P. schon so stark hervortritt, daß sie für die Behandlung desselben als Beweismittel ausschließlich oder doch derart bestimmend ist, daß Anordnungen des röm. Rechts, die damit nicht vereinbar sind, als überwunden betrachtet werden dürfen. S. gegen Bolgiano überhaupt Langenbeck l. c. S. 784 u. ff.

[20]) So wird z. B. in Nr. 65 der Beilagen der Eid vom Geklagten sofort referirt und sohin vom Richter dieser referirte Eid dem Kläger aufgetragen. In Nr. 66 erklärt der Geklagte, daß er über die Thatsache, die Kläger zum Eide verstellt, nicht informirt sei und begehrt und erhält Termin zur Information.

[21]) Daß auch schon im römischen Rechte die Eidesdelation, u. z. selbst die in jure erfolgende unter der Aufsicht des Richters, resp. Magistrats steht, welche denselben zur Hintanhaltung unerlaubter Eide verpflichtet, geht aus l. 5. 34. § 5. 8. D. h. t. (12. 2.) hervor. In l. 12. § 1. C. de reb. cred. et de jurejur. (4. 1.) wird sogar schon von einer approbatio judicis gesprochen, doch dürfte darin, wenn sie nicht erst auf das bedingte Endurteil zu beziehen ist, mit welchem auf die Ableistung des Eides erkannt wird (s. unten Note 25), nur eine schärfere Betonung dieser dem Richter nach älterem Rechte obliegenden Aufsicht zu erblicken sein. Vgl. Zimmern l. c. § 127; Bethmann-Hollweg l. c. II. § 107; Endemann Beweislehre S. 446. 503. 530; Wetzell l. c. S. 247. 256.

Richter als derjenige bezeichnet wird, welcher den Schiedseid eigentlich aufträgt[22]), so daß der unmittelbare Grund der Verpflichtung des Delaten zur Erklärung hierauf nicht so sehr in dem Vorgehen der beweisführenden Partei, als vielmehr in der richterlichen Approbation liegt. Es erscheint diese Approbation des Richters als eine Verfügung von proceßleitender Natur, für welche nur allgemein processualische, überhaupt öffentliche Rücksichten bestimmend sind, die Notwendigkeit derselben erweist sich als eine vom Rechte angeordnete Controle darüber, daß von dem den Parteien zur Beweisführung überlassenen Schiedseide kein den öffentlichen Rücksichten zuwiderlaufender Gebrauch gemacht werde und damit sind auch die Gesichtspunkte gekennzeichnet, unter welche die Gründe für Erteilung oder Verweigerung derselben, also für Zulassung oder Zurückweisung der Eidesdelation fallen. Das canonische Recht führt ebenso wenig, als das römische die Gründe an, aus welchen der Richter diese Approbation zu erteilen oder zu verweigern hat, aber aus dem eben bezeichneten Charakter dieses dem Richter zugewiesenen Eingreifens in das Verfahren mit dem Schiedseide ergibt sich bestimmt, daß er von Amtswegen in Erwägung zu ziehen hat, ob im concreten Falle der erfolgten Eidesdelation nicht Rücksichten auf den Gegenstand und Gang des Processes oder andere öffentliche Rücksichten, zu deren Vertretung er als Repräsentant der öffentlichen Gewalt im Processe überhaupt immer berufen ist, entgegenstehen und daß er beim Vorhandensein solcher zur Verweigerung der Approbation ebenso, wie beim Mangel derartiger Gründe zur Erteilung derselben verpflichtet ist[23]). Wenn also der Richter findet, daß der Eid über eine irrelevante Thatsache oder ungeachtet des bereits früher erfolgten Widerrufes der Delation (l. 11. pr. C. h. t. 4. 1.), oder trotzdem über die bezügliche Thatsache schon hinreichender Beweis erbracht ist, (c. 2. X. de probat. 2. 19.) oder über eine Thatsache, von welcher der Bestand oder Nichtbestand des kirchlich Spirituellen abhängt, daß er in chicanöser Weise oder unter Umständen deferirt wird, welche die Gefahr der Ablegung eines Meineides dringend nahelegen[24]) u. dgl., so wird er die Approbation verweigern

---

[22]) Freilich, wie sich noch später herausstellen wird, nur in formellem Sinne; l. Bil-lius l. c. p. 3. § 6. S. 58. 59; Damasus l. c. tit. 57; Mascardus l. c. Vol. II. concl. 959. Nr. 10; Pacianus l. c. lib. I. cap. 70. Nr. 10; Gonzalez-Tellez Comment. ad c. 2. X. de prob. (2. 19.) Nr. 5; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 2. Nr. 30. 31; Roßhirt canon. R. S. 606; Hinschius l. c. S. 18; Zimmermann Glaubenseid S. 240; Endemann Beweislehre § 117. 118. u. Civilproc. § 200. III. A. In sämmtlichen unter V. der Beilagen zusammengestellten Acten heißt es auch ausnamslos, daß über die Erklärung der Partei: uelle stare decisiue juramento etc. der judex detulit juramentum, oder daß der Delat schwur: delato sibi per judicem debito sacramento. Das dürfte wol auch der Grund sein, warum der Sprachgebrauch des Mittelalters unter juramentum deferre „sowol den von der Partei deferirten, als auch den vom Richter auferlegten Eid begriff", wie schon Hinschius l. c. S. 5 ganz richtig hervorhebt.

[23]) Die älteren Juristen verlangten causae cognitio, s. Mascardus l. c.

[24]) S. über diesen Grund (Befürchtung des Meineids) insbesondere Langenbeck l. c. S. 796 u. ff., welcher die Forderungen des canon. Rechts richtig hervorhebt, wenngleich die

müssen. Doch sind damit die Gründe, aus welchen sich der Richter dazu bestimmt finden kann, keineswegs erschöpft; das Recht fordert speciell gegenüber der Verwendung des Schiedseides im Processe Wahrung des öffentlichen Interesse und legt dieselbe in das Ermessen des Richters, für welches hier eben nur die leitenden Gesichtspunkte hervorgehoben werden können. Verwehrt ist es, wie schon erwähnt, den Parteien nicht, auf dieses Ermessen des Richters speciell einzuwirken und Gründe hervorzuheben, welche für dasselbe bestimmend sein können, der Delat kann insbesondere dazu Anlaß haben, wenn ihm Recusationsgründe, die dem Richter nicht bekannt sein können, zu Gebote stehen und er es vorzieht, im geeigneten Falle es zur Approbation der Eidesdelation gar nicht kommen zu lassen, anstatt den approbirten Eid erst zu recusiren. Aber der Richter ist an ein derartiges Vorbringen der Parteien weder angewiesen, noch gebunden, sondern hat selbstständig und unabhängig davon die für dieses sein Eingreifen maßgebenden Rücksichten zu erwägen und darnach vorzugehen. Zu diesen Erwägungen gehört auch die Prüfung, ob sich das Eidesthema oder der Eidessatz aus der Erklärung des Deferenten mit genügender Bestimmtheit ergibt und ob auch der Delat richtig und hinreichend bestimmt bezeichnet ist. Denn abgesehen davon, daß es ja auch in dem vom Richter zu wahrenden öffentlichen Interesse liegt, daß nicht Eide zur Verwendung kommen, denen es in diesen Richtungen an Bestimmtheit fehlt, ist nach der Auffassung der in Rede stehenden Approbation im canonischen Processe der Richter derjenige, der damit den Schiedseid eigentlich aufträgt und daß dieser keinen Eid auftragen darf, ohne daß bestimmt ist, was und von wem geschworen werden soll, bedarf keiner weiteren Ausführung. Rücksichtlich der Art und Form, in welcher die Approbation oder deren Verweigerung zu erfolgen hat, ergibt sich gleichfalls aus dem dargestellten Charakter derselben, daß die allgemeine Form richterlicher Anordnung (Decret, Interlocut), in welcher die proceßleitenden Verfügungen überhaupt erfolgen, auch hier anzuwenden ist[25]). Im canonischen Processe bedarf es aber zu diesem Behufe einer selbstständigen, abgesonderten Anordnung nur im Falle der Verweigerung der Approbation, indem der Richter erklärt, daß er den Eid, resp. die dießfällige Erklärung des Deferenten nicht zuläßt; die Erteilung der Approbation braucht nicht besonders ausgesprochen

---

bezogenen Stellen: c. 2. X. 2. 19., c. 36. X. 2. 24. u. c. 9. X. 2. 27. wenigstens direct dafür Nichts ergeben. Nur gilt der Grund im canon. Proc. nicht erst für die Weigerung des Richters, den „Eid dem zu dessen Ableistung erbötigen und erschienenen Delaten abzunehmen", sondern schon für Verweigerung der notwendigen Approbation der Delation. Vgl. auch Menochius de arbitr. jud. quaest. lib. II. cent. II. casus 192; Schulte Eheproc. S. 189. Nr. V.

[25]) Im römischen Processe wird „die Ableistung des Eides im Endurteil der betreffenden Partei zuerkannt und der Erfolg der wirklichen Ableistung oder der Verweigerung bedingt ausgesprochen", also „über seine Zulässigkeit nach Schluß der Debatte" durch bedingtes Endurteil „entschieden" und der Eid erst nach Erkenntniß in der Hauptsache wirklich geleistet (l. 11. C.

zu werden[26]), sie liegt implicite darin, daß der Richter über die Erklärung des Deferenten den Eid dem Delaten wirklich aufträgt.

Nunmehr ist die Partei, welcher der Eid so deferirt wurde (der Delat), verpflichtet, den Eid entweder anzunehmen und zu schwören oder dem Deferenten zurückzuschieben (zu referiren), es sei denn, daß sie Gründe geltendzumachen vermag, welche sie trotz der richterlichen Approbation der Eidesdelation berechtigen, die Bewahrheitung, resp Entscheidung durch den Eid im vorliegenden Falle abzulehnen (den Eid zu recusiren). Daß sich der Delat unmittelbar nach der durch den Richter vermittelten Delation darüber erkläre, ist gesetzlich nicht gefordert, es kann, resp. muß ihm dazu ein Termin gestellt werden, damit er sich entscheide, aber in der einen oder andern Art muß er nunmehr auf die Delation eingehen, widrigens er der Thatsache, zu deren Beweise ihm der Eid deferirt wurde, geständig gehalten wird[27]). Was nun

a) die Recusation betrifft, so steht heutzutage[28]) wol fest, daß nach römischem, u. z. nicht erst nach Justinian'schem, sondern auch schon nach älterem römischen Rechte der Delat Abhilfe gegen die durch wirksame Eidesdelation ge-

---

de sent. et interloc. 7. 45; Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 585. 602. III. S. 288). Nissen Gewissensvertretung S. 8 ist der Ansicht, „daß der Richter im Justin. Rechte der eidauflegenden Sentenz (?) die Endsentenz bedingt nicht habe beifügen müssen", daß der ersteren die definitive Entscheidung auch habe nachfolgen können. Im canon. Processe ist dieß durch die Entwicklung und Bedeutung der besprochenen Approbation des Richters geändert. Wenn der Richter den deferirten Eid für zulässig erkennt, trägt er ihn auf und entscheidet dann auf Grund der hiernach erfolgten Ableistung oder Verweigerung des deferirten oder referirten Eides in der Hauptsache unbedingt. Vgl. die Acten in Nr. 63—66 der Beilagen. Die Ansicht Schulte's Eheproc. S. 186: „Mit Abname des Eides kann folglich nicht verfahren werden, wie bei anderen Beweismitteln, sondern es muß derselbe „durch richterliches Urteil auferlegt werden", ist für den gemeinen canon. Proceß unbegründet.

[26]) Die Bemerkung von Pacianus l. c. lib. I. cap. 70. Nr. 7: „Sciendum est autem juramenti decisorii oblationem, sive fiat ab actore sive fiat a reo, non habere efficaciam, nisi judex expresse oblationem approbaverit" ist rücksichtlich dieses expresse wol nicht wörtlich, sondern nur in dem Sinne zu nehmen, daß diese Approbation durch einen ausdrücklichen Act des Richters hervortreten muß.

[27]) l. 34. § 6—9; l. 38. D. h. t. (12. 2.); l. 9. C. de reb. cred. (4. 1.); vgl. Zimmern l. c. § 127. 135; Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 576. 584. 585. III. S. 287; Rudorff Rechtsgesch. II. S. 255 (wogegen Nissen l. c. S. 5); Pillius l. c. p. 3. § 6. S. 56. 59; Incerti auctoris ordo jud. (Ulpianus de edendo) edid. Haenel de jurejurando. S. 37; Mascardus l. c. Vol. II. concl. 959. Nr. 4; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 3. Nr. 35; Schmid l. c. II. § 165; Bayer l. c. S. 892; Wetzell l. c. S. 256. 259; Endemann Beweislehre S. 505 u. Civilproc. § 202. I.; Langenbeck l. c. S. 791; Renaud l. c. § 135; Pachmann Lehrb. des KR. (3. Aufl. Wien. 1866.) III. § 407; München l. c. I. S. 172; Schulte Eheproc. S. 190; Nissen l. c. S. 23. Ganz dagegen jedoch Bülow im civ. Arch. Bd. 62. S. 36. u. ff.

[28]) Ueber die große Controverse in der älteren Doctrin, mit welcher insbesondere auch das canon. Recht in Verbindung gebracht wird, s. die ausführlichen Darstellungen bei Muther Gewissensvertretung S. 4 u. ff.; Nissen Gewissensvertretung. S. 24 u. ff.; Zimmermann Glaubenseid S. 236. 239 u. ff.; Endemann Beweislehre § 118.

schaffene Zwangslage des aut jurare (resp. juram. referre) aut solvere verlangen und erhalten konnte, wenn er Gründe darzuthun vermochte, welche diese im Allgemeinen wolbegründete Zwangslage im concreten Falle als ungerechtfertigt erscheinen ließen. Welches diese Gründe seien, ist gesetzlich gar nicht bestimmt, sondern es ist der Natur der Sache entsprechend ganz dem Ermessen des Magistrats, resp. des Judex überlassen, zu beurteilen, ob das vom Delaten Vorgebrachte gewichtig genug sei, um das Abgehen von dem gewönlichen Zwange zu begründen und nach Justinians Bestimmung in l. 12. § 2. C. de reb. cred. (4. 1.) kann über diese Beurteilung des Richters im regelmäßigen Instanzenzuge die Entscheidung des höheren Richters angerufen werden[29]). So wenig nun auch sonst das canon. Recht Normen über den Schiedseid enthält, so bestimmt es doch in c. 36. pr. X. h. t. (2. 24.) ausdrücklich: „Juramentum a te parti delatum, nisi justa de causa, non potuit recusari, quamvis quod in judicio a parte parti defertur, recusari possit licite ac referri“ etc. und diese Bestimmung wurde als ein Ausdruck jener Lehre eines großen Teiles der älteren Juristen (Legisten sowol, als Canonisten) aufgefaßt, wornach das Justinianisch-römische Recht (l. 12. C. cit.) dem Delaten ein völlig freies, an gar keine Gründe gebundenes Recusationsrecht eingeräumt habe[30]), so daß also diese, wenngleich nachher als irrig erkannte Lehre im canonischen Rechte gesetzlich sanctionirt wäre und sonach für den canonischen Proceß abweichend von dem oben angeführten wirklichen Inhalte des römischen Rechts unbedingt gelten müßte. Allein sowie die erwähnte Lehre fiel, so fiel auch bald die Ansicht, daß c. 36. pr. X. cit. nur im Sinne derselben abgefaßt und zu verstehen sei. Die Canonisten glaubten zwar zunächst immer noch das „licite recusari“ des c. 36. als eine vollkommen willkürliche Recusationsbefugniß auffassen zu müssen, aber sie erklärten, dieselbe werde in der genannten Stelle dem Delaten nur zugesprochen, solange die Eidesdelation vom Richter noch nicht approbirt wurde ist diese Approbation erfolgt, dann stehe das juramentum a parte parti delatum dem jur. a te (judice) parti delatum in dieser Beziehung gleich und könne ebenso

---

[29]) S. Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 584. III. S. 288. 289; Muther l. c. S. 5. 6; Nissen l. c. I. Abschn. § 1. u. 2; Zimmermann l. c. S. 32 u. ff; Endemann Beweislehre § 118. u. Civilproc. § 202 I. A. Darnach läßt sich mit Hinschius l. c. S. 18. 19 wol nicht behaupten: „die weitere Anname, daß der Eid trotz der erfolgten Approbation des Richters ex justa causa verweigert werden konnte, sei unrömisch.“

[30]) S. die Nachweise bei Hinschius l. c. S. 15; Muther l. c. S. 6 u. ff.; Nissen l. c. S. 24. 26. 35. 36; Zimmermann l. c. S. 239. Nissen bestreitet S. 36 Note *) mit Recht die Anname, daß „ein freies Recusationsrecht in der Ansicht Azo's und der Glosse“ vertreten werde, doch ist es, wie ich Muther l. c. S. 8—13 verstehe, unrichtig, dieß als die Anname Muther's zu bezeichnen. Zimmermann sagt nur, es gewinne nach den in Note 9. gegebenen Citaten, worunter auch c. 36. X. h. t. (2. 24.), den „Anschein, als werde dem Delaten bis zu ausgesprochener Acceptation ein freies und unbedingtes Ablehnungsrecht eingeräumt“ und führt Otto Papiensis u. Azo für die Ansicht an (Note 10.), welche „einen zugeschobenen Eid nur ex justa causa zu recusiren“ gestattet.

wenig, wie dieses ohne justa causa recusirt werden[31]). Diese Erklärung entspricht wol sachlich durchaus der Gestaltung, welche die Eidesdelation im canonischen Processe durch die Doctrin erlangt hat, ja sie hat zu dieser Gestaltung sehr wesentlich mitgewirkt; denn in ihr liegt eben jene dem römischen Rechte fremde nachdrückliche Betonung der richterlichen Approbation, in Folge welcher diese zur wesentlichen Bedingung der wirksamen Eidesdelation wurde, sie läuft ja darauf hinaus: vor der Approbation des Richters ist die Eidesdelation für den Delaten gar nicht verbindlich, nach derselben aber muß er entweder annehmen und schwören oder referiren, wenn er nicht eine justa causa recusandi geltendzumachen vermag. Nur aus c. 36. pr. X. cit. kann das nicht deducirt werden. Schon Gonzalez-Tellez († 1649)[32]) bemerkt in seinem Commentar (Notae ad c. 36. pr. X. h. t. 2. 24. Nr. 2), daß „illa verba nostri Gregorii: „„Recusari possit ac referri““ conjunctive legenda sunt“, daß Gregor IX. bei Abfassung dieser Stelle durchaus nicht „deceptus fuit falsam interpretum sententiam amplectendo“[33]) und daß somit nach der Lehre Gregor's an dieser Stelle auch bezüglich des juramentum a parte parti delatum „pars, cui delatum est, debet jurare aut referre . . ., nec potest recusari, nisi referatur.“ Und dieß ist auch die richtige Erklärung des genannten c. 36. pr., wie sie neuerdings Nissen l. c. S. 27 ganz präcis gibt. Die Stelle spricht gar nicht von einem freien, ganz in das Belieben des Delaten gestellten Recusationsrechte, sie sagt nur: den Schiedseid kann der Delat ohneweiters „von sich ab- und dem Gegner zuweisen“, was bei dem vom Richter aufgetragenen Noteide nicht angeht. Der Schwerpunkt der Stelle liegt nicht in der Bestimmung der Recusations-,

---

[31]) Die von Hinschius l. c. S. 15—18 abgedruckte Stelle aus Panormitanus (Nicolaus de Tudeschis, Abbas Siculus, über welchen zu vgl. v. Schulte Quellen- und Litgesch. des canon. R. II. § 81.1: Lectura super V libr. decret. ad c. fin. X. de jurej. reicht zum Nachweise dessen vollkommen aus, insbesondere wenn man erwägt, daß seine Leistungen namentlich „durch eine ausgezeichnete Kenntniß und Verwertung der Literatur“ hervorragten. S. auch die Citate bei Nissen l. c. S. 30. Note **).

[32]) Nach v. Schulte Lehrb. des KR. 3. Aufl. S. 184. Martin: Juriſt. Lexikon im Grdriſſe. (Heidelberg 1824.) S. 69. Nr. 429 setzt dagegen noch † c. 1680.

[33]) Er ist empört über Donellus, der solches „nimis impudenter existimavit.“ Nissen l. c. S. 34 Note ***) hebt die Darstellung von Gonzalez ganz richtig gleichfalls hervor, bemerkt jedoch, Gonzalez sagt . . . „dann aber: Donellus meine nimis impudenter, Gregor habe sonst sich getäuscht, die Worte des heil. Vaters seien anderenfalls auf die mannigfachen Recusationsgründe zu beziehen.“ Mir ist das unverständlich. In der mir vorliegenden Ausgabe des Commentars (Venetiis 1699 apud Nic. Pezzana) finde ich das von Gonz. nicht gesagt. Da sagt er einfach: Gregor war keineswegs getäuscht durch Festhalten an der irrigen Meinung von der freien Recusationsbefugniß, wie Donellus glaubt, wenngleich auch jetzt noch jene entscheidenden Worte (recusari possit licito ac referri) disjunctiv gelesen würden (und sonach auch jene ältere irrige Meinung noch keineswegs überwunden sei). Gregor hatte aber diese Meinung gar nicht und deßhalb sind die ersten Worte: recusari possit licito auch auf den Fall, wo der Eid ex justa causa recusirt werden darf, gar nicht zu beziehen.

sondern der Relationsfrage, die letztere, nicht die erstere begründet den durch quamvis bezeichneten Gegensatz. Das canonische Recht hat somit an den oben angeführten Bestimmungen des römischen Rechts gar Nichts geändert und dieselben haben daher auch trotz der eine Zeit lang herrschend gewesenen unklaren und falschen Auffassung derselben durch die civilistische und canonistische Doctrin auch für den canonischen Proceß volle Geltung.

Die Recusation setzt darnach also eine wirksame Eidesdelation voraus, sie bietet dem Delaten die Möglichkeit, sich von der durch die richterliche Approbation der Eidesdelation geschaffenen Verpflichtung zu lösen, aus der dadurch für ihn herbeigeführten Zwangslage zu befreien und dadurch bestimmt sich das Verhältniß, in welchem diese Recusation zu jenen Erklärungen steht, die der Delat noch vor Erteilung der richterlichen Approbation sofort über den bezüglichen Antrag des Deferenten: „se uelle stare de hoc juramento ipsius N." (adversarii) vorbringen kann. In den letzteren geht die Tendenz dahin, die Approbation des Richters und damit die Wirksamkeit der Eidesdelation selbst hintanzuhalten und es reichen dafür solche Gründe aus, welche den Richter aus öffentlichen Rücksichten abhalten müssen, es im vorliegenden Falle zum Eide kommen zu lassen, und die dieser nach dem oben Gesagten auch von Amtswegen aufzusuchen und zu prüfen hat. Bei der Recusation aber geht die Tendenz dahin, die bereits bestehende Zwangslage zu beseitigen und es sind daher dafür solche Gründe erforderlich, welche den Richter überzeugen, daß der durch die wirksame Eidesdelation geschaffene Zwang mit Rücksicht auf die individuelle Lage des Delaten gänzlich ungerechtfertigt ist [34]). Nun ist es allerdings richtig, wenn der Delat die Gründe der letzteren Art immer schon vor Erteilung der richterlichen Approbation geltendmachen würde, so würde er radicaler verfahren und könnte diese Approbation und damit gleich von Vornherein verhindern, daß er überhaupt in die durch die Recusation erst abzuwehrende Zwangslage komme; es läßt sich kaum ein Fall denken, in welchem der Delat mit seinen Gründen die Recusation durchsetzen, die Verhinderung der richterlichen Approbation dagegen nicht erwirken könnte. Denn ein Grund, welcher darthun soll, daß der mit der Eidesdelation geübte Zwang gegen den Delaten im concreten Falle nicht statthaft ist, reicht doch immer auch aus, um die Eidesdelation in diesem concreten Falle überhaupt als unzuläßig erscheinen zu lassen; es ist eben auch eine Forderung des vom Richter bei der Approbation zu wahrenden öffentlichen Interesse, daß es unter Umständen, welche den erwähnten allge-

---

[34]) Den Gedanken ähnlicher Unterscheidung spricht schon für das röm. Recht aus Nissen l. c. S. 3, indem er sagt: „Aber die gleiche Billigkeit, welche den Zwang als Regel aufstellte, mußte in Ausnamsfällen ihn nicht zulassen und einer Beengung, hervorgerufen durch irrig gestelltes Schwurthema oder durch die Pflicht, über unbekannte Thatsachen zu schwören möglichst vorbeugen. Nur dürfen wir dieß nicht etwa mit einer Controle über den Eid verwechseln, denn nur die bittende Partei findet hier ihren Schutz gegen ihr lästigen Zwang, nicht die Idee des Eides ruft die Ausname hervor."

meinen Zwang unstatthaft machen, zur Eidesdelation gar nicht komme. Die Erwägung, daß der Delat die ihm zustehenden Recusationsgründe nicht geltendzumachen braucht und so vermöge des ihm zustehenden Dispositionsrechtes über den Proceßgegenstand den Erfolg der wirksamen Eidesdelation trotz des verhandenen Recusationsgrundes eintreten lassen kann, steht dem nicht entgegen, da diese Freiheit dem Delaten ja auch dann belassen ist, wenn er den Recusationsgrund schon vor der richterlichen Approbation zum Behufe der Abwendung derselben geltendmacht. Es wäre sonach nur eine consequente Fortentwicklung in der Stellung und Bedeutung, welche die richterliche Approbation beim Schiedseide im canonischen Processe erlangt hat, wenn der Delat geradezu verhalten wäre, Alles, was ihm zur Ablehnung der Eidesdelation im concreten Falle zu Gebote steht, also namentlich auch allfällige Recusationsgründe sofort nach der Erklärung des Deferenten noch vor Erteilung der richterlichen Approbation geltendzumachen, so daß darnach von einer Recusation gar nicht mehr die Rede sein könnte. Allein zu dieser Entwicklung kam es im canonischen Processe eben nicht. Man hielt an der im römischen Rechte begründeten Recusation wirksamer Eidesdelation trotz der diesem fremden Ausbildung der richterlichen Approbation zu einem besonderen, selbstständigen Proceßacte fest und zog die Consequenz nicht, welche zur Concentration alles auf die Ausschließung des Schiedseides gerichteten Vorbringens des Delaten vor die Approbation des Richters und dadurch zur Vereinfachung des Verfahrens geführt hätte[25]).

---

[25]) Obwol die Doctrin es war, welche die richterliche Approbation in der im Texte bezeichneten Weise ausbildete (s. oben Note 22.), so ist in derselben doch von der erörterten Scheidung der Einwendungen des Delaten gegen die Eidesdelation vor der Approbation u. der Recusation des approbirten Eides, welche Scheidung die unter Beibehaltung der Recusation des approbirten Eides vollzogene Einführung des Approbationsactes notwendig mit sich bringt, Nichts zu finden. Sie bezeichnet einfach Alles, was der Delat überhaupt gegen die Eidesdelation vorbringen kann, selbst wenn der Richter nach der Natur seiner Approbation darauf von Amtswegen Bedacht zu nehmen hat, mit recusare und die einzige Scheidung, die sie macht, ist die von Panormitanus (oben Note 31) hervorgehobene, daß der Delat vor der richterl. Approbation ganz willkürlich, nach derselben aber nur ex justa causa recusare kann. Doch da recusare nicht mehr in der eigentlich juristischen (namentlich römischrechtlichen) Bedeutung, sondern in einem ganz willkürlichen allgemeinen Sinne von: Einwendungen gegen die Zulassung des Eides machen, ja selbst von: sich auf die Eidesdelation einlassen genommen, daneben aber doch wieder im streng juristischen Sinne gebraucht wird, liegt auf der Hand. Man braucht z. B. nur die von Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 3. Nr. 31. angeführten „exceptiones, ob quas reus delatum sibi juramentum judiciale simpliciter recusare potest" durchzugehen, um die herrschende Vermengung zu beobachten. Wenn aber Endemann Beweislehre S. 507. 508 sagt: „Nach der Legaltheorie erhielt folgeweise auch die approbatio judicis eine ganz andere Stellung, als im röm. Recht. Da der Delat justae causae recusationis hatte, so mußte förmlich, sei es auf Grund einer wirklichen Verhandlung oder auf Grund der contumacia über den Eidesantrag erkannt werden. . . . Die Eidesauflage des Richters stellte also ein wirkliches Erkenntniß, u. z. . . . . nicht bloß über die Benutzung des Eides selbst, sondern zugleich über die Beweislage der Sache überhaupt dar. Dieselbe war bedingtes Endurteil", — so beruht dieß, soweit es eben auch der

Der Delat, dem Recusationsgründe zu Gebote stehen, kann es also nach gestelltem Eidesantrage des Deferenten ruhig auf die Approbation des Richters ankommen lassen. Erfolgt dieselbe nicht, so ist er der Geltendmachung dieser Gründe überhoben, die Eidesdelation kommt nicht zur Wirksamkeit; erfolgt sie aber, so hat er die genannten Gründe sofort oder in dazu gesetztem Termine auszuführen und zu begehren, daß der Richter die Recusation als gerechtfertigt erkenne, worüber der Richter nach erforderlichenfalls geführter Incidenzverhandlung zu entscheiden hat. Der Delat *kann* es, wie gesagt, auf die richterliche Approbation ankommen lassen, aber er ist dazu keineswegs genötigt, er ist im canonischen Processe, wie oben bereits hervorgehoben wurde, durch Nichts gehindert, mit diesen Gründen schon unmittelbar über den Eidesantrag des Deferenten vor der richterlichen Approbation hervorzutreten und diese selbst vermöge der erörterten Bedeutung solcher Gründe auch für die Approbation hintanzuhalten. Und wenn man sich frägt, wie eine rationelle Proceßführung bei dieser dem Delaten processualisch gewährten Freiheit bezüglich des Zeitpunktes der Geltendmachung eines vorhandenen Recusationsgrundes wirklich vorgehen wird, so muß man wol zu der Entscheidung kommen, daß der Delat damit bis nach erfolgter Approbation nur dann warten wird, wenn er Grund hat, anzunehmen, daß der Eidesantrag des Gegners auch ohne sein Zuthun gar nicht zur Approbation gelangen werde und er sich daher die Ausführung seines Recusationsgrundes ganz werde ersparen können. Dieß mit Sicherheit zu erwarten, dürfte freilich der Delat nur selten in der Lage sein und selbst wenn er es ist, könnte weitgehende Vorsicht ihn immer noch veranlassen, das Eingreifen des Richters lieber gleich zu verhindern, als sich dann mit der Recusation auch gegen dieses wenden zu müssen. Daraus ergibt sich aber, daß, wenn auch die theoretische Ausbildung der Stellung der richterlichen Approbation der Eidesdelation im Processe zur Concentration des gesammten dem Delaten wider die Eidesdelation zustehenden Vorbringens *vor* die Approbation des Richters nicht führte, doch der practische Vorgang einer rationellen Proceßführung dazu drängte und daß es somit zu einer förmlichen Recusation der richterlich approbirten Eidesdelation practisch wol nur selten gekommen sein dürfte [36]).

---

canonischen Proceß betrifft, auf einer Verkennung der Natur und Bedeutung der richterlichen Approbation, die oben im Texte erörtert wurde. Auch die Ansicht *Nissen's* l. c. S. 67: „Die richterliche Billigung, deren starke Betonung wir schon früher sahen, brachte gewissermaßen (?) die Verhandlungen der Parteien *darüber* zum Abschluß, wer von ihnen beiden den Eid zu leisten schuldig sei" steht mit der civilistischen und canonistischen Lehre von der Recusation des approbirten Eides durchaus im Widerspruche. Denn wie hätte, wenn die erwähnten Parteiverhandlungen durch die richterl. Approbation nicht bloß „gewissermaßen", sondern *wirklich zum Abschluß* gebracht worden wären, dann von einer Recusation des approbirten Eides, die doch mehr, als jede andere Einwendung des Delaten gegen die Eidesdelation eine Parteiverhandlung notwendig machen konnte, noch die Rede sein können?

[36]) Nur mit Rücksicht darauf kann man *Endemann* Beweislehre. S. 506. Note 13

Bezüglich der Gründe, aus welchen der Recusation stattgegeben werden kann, hat das canonische Recht gleichfalls keinerlei selbstständige Bestimmung getroffen, es steht auch da vollkommen auf dem oben bezeichneten Standpunkte des römischen Rechts, wornach über die Triftigkeit des Recusationsgrundes nur das richterliche Ermessen zu entscheiden hat und obwol die Lehre der Canonisten, sowie die der Civilisten die längste Zeit von der Ansicht geleitet war, es gebe auch nach römischem Rechte nur bestimmte, gesetzlich gebilligte Recusationsgründe, und sich mit möglichst erschöpfender Aufzälung derselben abmühte [37]), so drang schließlich doch die früher nur vereinzelt vertretene richtige Meinung durch, daß darin das Ermessen des Richters maßgebend sei [38]). Ein Unterschied vom römischen Rechte manifestirt sich dießfalls nur darin, daß für den von christlichen Grundsätzen geleiteten Richter des canonischen Processes manche Gesichtspunkte bestimmend sein müssen, welche dem heidnischen Richter wenigstens des älteren römischen Rechts fremd sind, also ein Unterschied darin, was für den Richter bei seiner Prüfung maßgebend ist, nicht aber darin, daß für die Zulassung oder Zurückweisung der Recusation nur das Ermessen des Richters entscheidend ist. Eine besondere Erörterung bedarf hier nur die Frage, ob nicht einmal der Umstand, daß der Delat sich erbietet, das, was er in Gemäßheit der approbirten Eidesdelation zu beschwören hätte, durch andere ihm zu Gebote stehende Mittel zu beweisen und sodann die Erklärung des Delaten, daß er von der zu beschwörenden Thatsache keine Kenntniß hat, im canonischen Processe als Gründe anerkannt sind, welche zur Recusation vollkommen ausreichen, weil diese Frage mit zwei Instituten des gemeinen deutschen Civilprocesses, der Gewissensvertretung und dem Glaubenseide zusammenhängt, deren Wurzeln auch im canonischen Processe gesucht wurden.

Was die erstere Frage betrifft, so darf gegenwärtig als anerkannt gelten,

---

beistimmen, wenn er sagt: „Diese (die justae causae recusationis) erscheinen als Exceptionen gegen den Eidesantrag" und kann dann auch hinzufügen, daß die im canon. Processe eben fehlende Verweisung derselben vor die Erteilung der richterlichen Approbation bei sonstiger Präclusion eine Forderung dieses Charakters wäre.

[37]) S. die Nachweise bei Muther l. c. S. 15—21; Nissen l. c. S. 36 u. f.

[38]) So bemerkt schon Menochius l. c. lib. II. cent. II. cas. 189. Nr. 3: „Miris tamen cruciatibus sese torquent nostri in assignandis exemplis justae causae recusationis" und es scheint dieß, sowie die Entscheidung (Nr. 5): „judicis ergo erit arbitrium re cognita arbitrari, an ea sub conceptione sit jurandum vel ne" ganz allgemein betreffs der Recusation gemeint zu sein, obwol es zunächst nur von einem besondern Falle gesagt ist. Die von Engel l. c. lib. II. tit. 24. § 2. Nr. 22 u. ff. u. Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 1 Nr. 31. Z. 6 vertretene Ansicht: „Denique (reus delatum sibi juram. judic. simpliciter recusare potest) si judici consideratis circumstantiis visum fuerit, liberare a juramento eum, cui delatum est, nam . . . res haec plurimum ab arbitrio judicis pendet" ist unter der späteren Canonisten die allgemein herrschende, nur wird natürlich die Recusation und deren Gründe mit den Einwendungen des Delaten gegen die Erteilung der richterl. Approbation und deren Gründen immer vollständig zusammengeworfen. Vgl. oben Note 35

daß das römische Recht einen Recusationsgrund, der darin besteht, daß der Delat sich zu anderweitigem Beweise des zu Beschwörenden erbietet, resp. Gewissensvertretung nicht bloß dem Namen, sondern auch der Sache nach nicht kennt[39]) und daß ein solcher Recusationsgrund oder etwas der Gewissensvertretung Analoges auch im canonischen Rechte wenigstens nicht durch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung geschaffen wurde[40]). Das für die entgegengesetzte Behauptung oft verwendete c. 2. X. de probat. (2. 19.) darf selbst dann als abgethan betrachtet werden, wenn man die Möglichkeit einer Beziehung desselben auf den Schiedseid nicht absolut in Abrede stellt[41]). Doch, erscheint es nicht durch die im canonischen Rechte vertretene und den Richter im canonischen Processe leitende christliche Auffassung[42]) des Eides überhaupt nahegelegt, ja geradezu geboten, daß der Richter, auf dessen Ermessen die Beurteilung des Recusationsgrundes nach dem Gesagten ja gestellt ist, die Weigerung des Delaten, den deferirten Eid zu schwören oder zurückzuschieben, dann als begründet und gerechtfertigt erkenne, wenn der Delat sich erbietet, das, was er da beschwören soll, auf andere Art zu beweisen? Gilt das heidnische: „nemo dubitat, modestius facere, qui referat, quam ut ipse juret“ der l. 25. § 1. D. de pecun. const.

---

[39]) S. die gründlichen und erschöpfenden Monographien über Gewissensvertretung von Muther S. 89—91 u. Nissen S. 12—22. Außerdem: Schmid l. c. II. § 167; Bayer l. c. S. 896 u. ff.; Wetzell l. c. S. 260 u. ff.; Langenbeck l. c. S. 813 u. ff.; Endemann Beweislehre. § 121 u. Civilproc. § 202. I. B. 2. b; Renaud l. c. § 136; v. Bar Recht und Beweis im Civilproc. (Leipz. 1867). S. 129. 133; Wolffson im Arch. f. civil. Prax. Bd. 25. S. 255 u. ff.; Busch ebenda Bd. 42. S. 2. 3. Ueber die vielerörterte Stelle Quintilians, bezüglich welcher auch Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 584. Note 78 bemerkt: „Es ist wesentlich dasselbe, was im Proceß des gemeinen Rechts Beweis zur Gewissensvertretung“ heißt, aber „nicht römischen Ursprungs ist“, s. namentlich Nissen l. c. S. 19 u. ff.

[40]) S. Muther l. c. § 47.

[41]) Die Zurückweisung des c. 2. X. cit. als Basis für die Gewissensvertretung wird meist darauf gegründet, daß „die Stelle vom zugeschobenen Eide gar nicht handelt“, s. die Citate bei Muther l. c. S. 92. Note 2—5; Wetzell l. c. S. 260. Note 34; Renaud l. c. § 136. Note 2. Doch Nissen führt l. c. S. 45 an, was man dießfalls aus c. 2. cit. etwa argumentiren kann, wenn man auch die Stelle auf den Schiedseid beziehen wollte und ich muß ihm unbedingt beistimmen, wenn er S. 46 erklärt: „Wie man aber“ (selbst bei Beziehung des c. 2. auf den Schiedseid) „von dieser Stelle zu dem Schluß gelangen könne, daß der Beklagte durch Anerbieten des Beweises den Eid beseitigen könne, vermag ich nicht aufzufinden.“ Vgl. oben I. Abschn. Cap. 5. Note 39; Roßhirt l. c. S. 606: „die Stelle (c. 2. X. 2. 19.) bedeutet etwas ganz Anderes. Hatte nemlich der Kläger schon vollkommen bewiesen, so konnte der Gegner, der jederzeit befugt ist, einen Gegenbeweis zu führen, nicht noch dem Kläger den Eid anwerfen und diese Entscheidung ist ganz natürlich“; Wolffson im Arch. f. civil. Praxis. Bd. 25. S. 265. 266; Endemann Beweislehre S. 516. Note 8. Dagegen meint noch v. Schulte Darst. d. Processes v. d. geistl. Eheger. Oesterr. S. 190. Note 1: „Eine solche (probatio pro exoneranda conscientia) liegt in dem in c. 2. X. de prob. angeführten Einwande und wird dort als zulässig erklärt.“

[42]) Vgl. die gute Charakterisirung „des Standpunktes der christlichen Kirche“ namentlich gegenüber dem Satze der l. 38. D. h. t. (12. 2.) bei Nissen l. c. S. 54 u. ff.

(13. 5.) nach christlicher Auffassung nicht in noch höherem Grade von dem, der lieber eine ihn an sich gar nicht treffende Beweislast übernimmt, sich mühevoller und kostspieliger Beweisführung zu unterziehen bereit ist, als es auf den Eid ankommen zu lassen? Verdient nicht die vom Delaten damit bekundete ernste, achtenswerte Scheu vor der Heiligkeit des Eides, wenn schon das Gesetz ihr in dieser Richtung nicht ausdrücklich Rechnung getragen hat, wenigstens entschiedene Berücksichtigung von Seite des Richters? Und in der That! wenn die Frage so gestellt wird, muß sie meines Erachtens ohneweiters bejaht werden[43]). Wäre der Richter im canonischen Processe von derartigen Erwägungen ausgegangen und hätte ihm nicht vielmehr ebenso, wie der ganzen canonistischen und civilistischen Doctrin die Autorität der l. 38. D. h. t. (12. 2.) als bindend gegolten, dann hätte die Gewissensvertretung ihrem Grundgedanken nach im canonischen Processe sicherlich lange vor der Zeit, in welche ihre Einführung und Ausbildung wirklich fällt, ebenso Anwendung gefunden, wie sie später, nachdem sie in das gemeine Recht übergegangen und zu allgemeiner Anerkennung gelangt war, von Canonisten und Civilisten nicht bloß auch im canonischen Processe als anwendbar erklärt, sondern auf das canonische Recht geradezu zurückgeführt wurde[44]). Allein so liegt bei der Untersuchung, ob die Gewissensvertretung dem canonischen Processe entstamme oder ob dieser doch zur Einführung und Ausbildung derselben wesentlich mitgewirkt habe, die Frage eben nicht. Hier handelt es sich vielmehr darum, ob die Gewissensvertretung wenigstens in der Form eines Recusationsgrundes[45]) im canonischen Processe wirkliche Anwendung gefunden hat und diese Frage muß entschieden verneint werden. Es führt weder die theoretische Behandlung des Processes bis ins 16. Jahrhundert hinein den besprochenen Recusationsgrund an, obwol sie die Recusationsgründe seit Bartolus ausführlich erörtert[46]), noch findet sich meines

---

[43]) Insoferne ist es auch richtig, wenn Pachmann Lehrb. des KR. 3. Aufl. III. § 407. I. behauptet: Die Gewissensvertretung „ist wenigstens doch im Sinne des canon. Rechtes", nur darf man nicht c. 2. X. de probat. als Beleg dafür bringen und ebenso kann Schmid l. c. II. § 167. Note 3 wol etwa sagen können: entsprechend der allgemeinen christlichen Auffassung des Eides, oder allenfalls dem Geiste des canon. Rechts, nicht eben „und zwar nach dem Geiste der canonischen Bestimmung in c. 2. X. de prob. (2. 19.)" in welcher er auch die indirecte Begründung des Institutes der Gewissensvertretung findet. Darauf ist es auch zu beschränken, wenn Endemann Civilproc. § 202. I. B. 2. b. und Note 20 bemerkt, daß „sich die ersten Spuren der Gewissensvertretung da finden, wo man den Eid zum Beweismittel machte, also im canon. Rechte so gut, wie im deutschen R."

[44]) S. Muther l. c. S. 129 u. ff. 145 u. ff.; Nissen l. c. S. 120 u. ff. 162 u. ff. 189. Vgl. auch Engel l. c. lib. II. tit. 24. Nr. 27. 28; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 3. Nr. 31.

[45]) Daß Anerkennung des erörterten Beweisanerbietens des Delaten als Recusationsgrund mit dem Institute der Gewissensvertretung noch keineswegs identisch ist, darüber s. Muther l. c. S. 270 u. ff.; Nissen l. c. S. 118 u. ff.

[46]) S. die Nachweise bei Muther l. c. S. 94 u. ff.; Nissen l. c. S. 37 u. ff. 46 u. ff.; Endemann Civilproc. § 202. I. B. 2. b. bemerkt: „Daß zumal die canon.

Wissens in Proceßacten eine Nachricht darüber, daß der Delat sich durch das erwähnte Beweisanerbieten von der Verpflichtung, zu schwören oder zu referiren, befreit habe und wenn es auch richtig ist, daß dieß zum Teile seinen Grund darin hat, daß beim Bestande des Positionalverfahrens im canonischen Processe der Schiedseid überhaupt weder eine große practische Verwendung finden konnte, noch eine eingehende theoretische Behandlung erfuhr[47]), so ist dieß doch nicht ausreichend, um es zu erklären, warum, wenn eben vom Schiedseide, wie ja erwiesen ist, gleichwol immer noch practischer Gebrauch gemacht und derselbe auch aus der wissenschaftlichen Erörterung nicht ganz ausgemerzt wurde, die oben angeführten christlichen und dem Geiste des canonischen Rechts gewiß entsprechenden Erwägungen erst im 16. Jahrhunderte, ja in nachhaltiger Weise erst dann zum Durchbruche gelangten, als dieselben von anderer Seite mächtig angeregt wurden und der canonische Proceß die Zeit seiner für die spätere Entwicklung des Proceßrechts einflußreichen Durchbildung längst hinter sich hatte[48]). Dieser Umstand läßt sich nur daraus erklären, daß man eben sowol in der theoretischen Behandlung, als in der practischen Handhabung des canonischen Processes an den einmal vorliegenden positiven Bestimmungen des römischen Rechts (hier l. 38. D. h. t. 12. 2.) zu strenge festhielt, als daß man sich getraut hätte, jenen allgemeinen Gedanken Einfluß dagegen zu gestatten. Man kann sonach wol mit Wolffson (im Archiv. f. civil. Praxis Bd. 25. S. 265) sagen, daß „das canonische Recht, in dem der Eid schon den materiellen Wert eines Beweismittels hat, die Gewissensvertretung der Consequenz unbeschadet" (ja sogar gerade in Consequenz der allgemeinen christlichen Auffassung des Eides) „hätte zulassen können", muß aber zugestehen, daß weder eine positive Bestimmung des canonischen Rechts, noch Theorie und Praxis des canonischen Processes ein Analogon der Gewissensvertretung, wie es in der Anerkennung des erörterten Beweisanerbietens des Delaten als Recusationsgrund doch immer gelegen gewesen wäre, thatsächlich gekannt und zugelassen hat und daß erst durch die starken, vom sächsischen Processe ausgegangenen Impulse auch im gemeinen Rechte jene allgemeinen Erwägungen wirksam wurden und durchgriffen, welche eben für den canonischen Proceß schon längst hätten bestimmend sein können.

Schule, welche in dem Anerbieten anderen Beweises eine justa causa recusandi erkannte, dahin" (den Eid als Beweismittel subsidiär zu halten und dadurch zur Gewissensvertretung) „gedrängt wurde, begreift sich leicht." Allein bis zum 16. Jahrh., also gerade in der Zeit, in welcher die canon. Schule besonders bedeutend war und die Ausbildung des canon. Processes vor sich ging, tritt weder dieses Drängen hervor, noch ist die erwähnte justa causa recusandi von der canon. Schule erkannt und auch im 16. Jahrh. noch ist die Anerkennung dieser j. c. recusandi bei Civilisten und Canonisten nur ganz vereinzelt.

[47]) S. oben I. Abschn. 5. Cap. Note 14. 15.

[48]) S. Muther l. c. S. 103. 130 u. ff.; Nissen l. c. S. 57 u. ff 120. 121. 162 u. ff.; Wetzell l. c. S. 262. Note 39.

Bezüglich der andern Frage aber steht schon nach römischem Rechte außer Zweifel, daß der Delat, welcher von der Thatsache oder dem Verhältnisse, worüber ihm der Eid deferirt ist, keine Kenntniß hat und solche sich auch nicht verschaffen kann, sich durch Darlegung dessen von der Verpflichtung, zu schwören oder zu referiren, befreien kann [49]) und auch daran hat das canonische Recht Nichts geändert. Der Umstand, daß die bezügliche Thatsache dem Delaten fremd ist, bildet auch nach canonischem Rechte eine justa causa recusandi [50]) und es genügt selbstverständlich hier, wie bei jedem andern Recusationsgrunde, nicht, daß der Delat dieß einfach angibt, sondern der Richter muß die Ueberzeugung gewinnen, daß der Delat in der That davon keine Kenntniß hat und sich auch solche nicht verschaffen kann. Doch auf den Grund, warum sich der Delat in solcher Situation befindet, kommt weder nach der Natur der Sache, noch nach römischem und canonischem Rechte etwas an. Man wird allerdings, wenn man sich theoretisch mit der Frage beschäftigt, wann denn die Erklärung solcher Unkenntniß von Seite des Delaten wirklich glaubwürdig, resp. für den Richter überzeugend erscheint, zu dem Resultate kommen, daß es Thatsachen und Verhältnisse gibt, rücksichtlich deren sich der Delat schon ihrer Natur nach und nach Lage der gewönlich dabei vorkommenden Umstände regelmäßig in solcher Lage befindet [51]). Allein das berechtigt noch keineswegs zu dem Schluße, daß der genannte Recusationsgrund bei Thatsachen dieser Art, z. B. den facta aliena immer oder daß derselbe nur bei solchen Thatsachen zuläßig oder stichhältig ist, dieß läßt sich nur nach dem concreten Falle bestimmen und in der That hat weder das römische, noch das canonische Recht den Richter dießfalls an bestimmte Regeln gebunden [52]), sondern es der Natur der Sache em-

---

[49]) l. 34. pr. D. h. t. (12. 2.); l. 4. pr. D. de in litem jur. (12. 3.); l. II. § 2; l. 12. 13. D. de act. rerum amot. (25. 2.). S. Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 584; Zimmermann l. c. S. 32 u. ff.; Wetzell l. c. S. 256. Note 19; Endemann Beweislehre. § 149 u. Civilproc. § 207. I.; Renaud l. c. § 129. Note 3.

[50]) S. Durantis l. c. lib. II. part. II. de juram. delat. Nr. 7; Gonzalez-Tellez l. c. Nota 2. ad c. 36. pr. X. h. t. (2. 24.); Engel l. c. lib. II. tit. 24. § 2. Nr. 25; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 3. Nr. 31. 4; Endemann Beweislehre S. 615; Zimmermann l. c. S. 236. 246.

[51]) Und in der That hat sich die ältere sowol civilistische, als canonistische Doctrin zwar nicht bei Erörterung des Scheidseides, wol aber bei Behandlung der unter dem Calumnieneide zu erstattenden Responsionen auf die Positionen mit dieser Frage viel beschäftigt, zwischen facta propria und aliena und unter letzteren wieder zwischen facta plane aliena und facta aliena quidem, sed percepta unterschieden und nach dieser Unterscheidung wurde dann auch die Zuläßigkeit oder Unzuläßigkeit des Zwanges zum Schwören bei der Eidesdelation bestimmt. S. die Nachweise bei Zimmermann l. c. S. 202 u. ff.

[52]) Wol aber wird in der italienischen Jurisprudenz „gewönlich geradezu die Regel aufgestellt, daß in Betreff des factum alienum ein Zwang zum Schwören nicht eintrete." Zimmermann l. c. S. 236. 237. Note 6. Sehr interessant ist dießfalls der in Nr. 66 der Beilagen mitgeteilte Act, wo der Delat sofort über die Erklärung des Deferenten bemerkt: „nescire, si colonus suus rotiuli dare sibi presbytero (Kläger) quartesium, tamen si re-

sprechend seinem Ermessen überlassen, die Existenz und Triftigkeit dieses Recusationsgrundes im einzelnen Falle zu beurteilen. Für den canonischen Proceß ist mit Beziehung auf die oben erörterte besondere Stellung der Approbation der Eidesdelation nur hervorzuheben, daß der Richter, wenn ihm aus der Beschaffenheit des concreten Falles schon von Vornherein, d. i. nach der Erklärung des Deferenten offenbar ist, daß Delat von der bezüglichen Thatsache keine Kenntniß haben und erlangen kann, es zur Recusation gar nicht kommen zu lassen, sondern schon seine Approbation zu verweigern hat, weil unter solchen Umständen die Eidesdelation eben schon den vom Richter bei seiner Approbation zu wahrenden öffentlichen Rücksichten widerstreitet [53]). Im gemeinen deutschen Civilprocesse ist der erörterte Recusationsgrund allerdings durch das da zur Ausbildung gekommene Institut des Glaubenseides verdrängt [54]), doch dieß berührt den canonischen Proceß nicht. Denn, wie bereits oben im I. Abschnitte 5. Cap. ausgeführt wurde, ist dieses Institut ebenso, wie das des Ignoranzeides dem canonischen Rechte noch fremd und eben der Umstand, daß sich weder in einer gesetzlichen Bestimmung, noch in der gesammten für die Entwicklung des canonischen Processes maßgebend gewordenen italienischen Doctrin für die hier besprochene Lage des Delaten ein anderes Mittel, als das der Recusation des Eides findet, bildet einen der wesentlichsten Belege dafür.

Erkennt nun der Richter die aus welchem Grunde immer geltendgemachte Recusation als gerechtfertigt, so ist damit die Eidesdelation beseitigt und dem Deferenten die in dieser Weise intendirte Beweisführung abgeschnitten. Weist sie dagegen der Richter zurück, so ist damit die Weigerung des Delaten als grundlos erklärt und es gilt als Folge grundloser Eidesverweigerung die Thatsache, über welche der Eid deferirt wurde, als zugestanden [55]), womit Deferent den mit dieser Beweisführung beabsichtigten Erfolg erreicht hat. Von einem nunmehrigen Zurückgreifen des Delaten auf Acceptation oder Relation des eben recusirten Eides kann begrifflich nicht die Rede sein [56]).

---

tinuit et non soluit illud, fecit contra ejus uoluntatem, et super hoc uelle habere informationem, priusquam juret.“ Der Richter erteilt ihm hierauf Termin „ad jurandum uel cedendum et interim ad se informandum.“ Nach Fassung des Eidessatzes wurde dann der Eid nur über eigene Handlungen des Delaten abgelegt.

[53]) Der von Mascardus l. c. Vol. I. concl. 356. Nr. 5 bezüglich des juramentum delatum officio judicis gelehrte Satz: „et parti, cui non est factum bene notum, juramentum non deferendum“ ist mit Rücksicht auf die Natur der richterlichen Approbation wenigstens für den im Texte bezeichneten Fall ohneweiters auch auf den Schiedseid zu beziehen, und daß es auch dann, wenn der Delat mit dem erörterten Recusationsgrunde schon vor der richterlichen Approbation hervortritt, schon zu dieser nicht kommt, ergibt sich aus dem oben Gesagten.

[54]) Vgl. Wetzell l. c. S. 259 Nr. 2; Endemann Civilproc. § 202. I. A. u. die da Citirten.

[55]) S. oben Note 27.

[56]) Vgl. Nissen l. c. S. 119. 168. 173. Auch die Bemerkung Muther's l. c. S. 246 über das Verhältniß der Gewissensvertretung zur Relation des Eides: „Unjuristisch

b.) Ist der Delat entschlossen, den Eid anzunehmen, so bedarf es einer besonderen und ausdrücklichen Erklärung dessen nicht, sondern er braucht den Eid nur wirklich sofort abzulegen. Denn der Richter approbirt ja die Eidesdelation in der Form, daß er selbst den Eid aufträgt, darin liegt immer die unmittelbare Aufforderung an die betreffende Partei, den Eid abzulegen, und dieser Aufforderung braucht der Delat, der wirklich annehmen und schwören will, eben nur einfach zu entsprechen [57]). Auch dann, wenn Delat den Eid zwar annehmen will, aber ihn sofort zu schwören nicht bereit ist, ist eine vorgängige ausdrückliche Annameerklärung nicht erforderlich, es genügt, wenn er die Gründe, weßhalb er nicht sofort schwören will, darlegt und einen Termin zur Ablegung des Eides vom Richter, der auch hier nach Ermessen vorzugehen hat, erwirkt [58]). Mit dem letzteren Begehren können auch noch weitere Anträge oder Begehren rücksichtlich der Bestimmung der Person, welche den Eid wirklich ablegen wird, z. B. bei juristischen Personen, rücksichtlich der näheren Feststellung des Eidessatzes oder wegen Abname des Eides in der Wohnung oder vor einem zu bestellenden Commissär des Richters u. dgl., wovon unten bei Erörterung der Eidesleistung näher die Rede sein soll, verbunden werden; jedesfalls ist darin die Annameerklärung mit hinreichender Bestimmtheit enthalten und an die einmal erklärte Anname ist der Delat gebunden [59]), nicht deßhalb, weil sich etwa darin eine Wirkung der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel auch hier äußert [60]), sondern deßhalb, weil die Wal des einen der dem Delaten gesetzlich offenstehenden Wege, von der Restitution abgesehen, die anderen naturgemäß ausschließt [61]).

c.) Will aber der Delat nicht selbst schwören, sondern es auf den Eid des Deferenten ankommen lassen, so hat er dieß bestimmt und ausdrücklich zu erklären. Wie bereits oben erwähnt wurde, kann er diese Erklärung sofort über

---

dagegen würde es sein, wenn das eine Mittel zur Realisirung jenes Willens (die O. E.) wirkungslos verbraucht ist, nun ein Ueberspringen zu dem entgegengesetzten Willen (Relation) zu gestatten" gilt sinngemäß in noch höherem Maße für das Verhältniß von Recusation zu Acceptation und Relation.

[57]) Wegen möglichen Todesfalles verordnet l. 12. pr. u. § 1. C. h. t. (4. 1.) geradezu, daß der acceptirende Delat den Eid ohne Verzögerung schwöre und nicht bloß mit Rücksicht hierauf, sondern auch mit Rücksicht auf das dem Deferenten zustehende Widerrufsrecht empfiehlt die ältere Doctrin sofortige Eidesleistung, s. Mascardus l. c. Vol. II. concl. 959. Nr. 12. Unter den 4 in den Beilagen mitgeteilten practischen Fällen wird in 3 (Nr. 63. 64 u. 65) der Eid sofort, nachdem der Richter ihn aufgetragen, auch wirklich geleistet.

[58]) Vgl. Beilage Nr. 66.

[59]) S. Bayer l. c. S. 903; Renaud l. c. § 135 Note 8 u. die da Citirten; dagegen Schmid l. c. II. § 168, welcher das dem Deferenten freistehende Widerrufsrecht auf den Delaten analog angewendet wissen will. In Beilage Nr. 66 wird mit Rücksicht auf die Gebundenheit des acceptirenden Delaten der Termin auch erteilt mit dem Beisatze: „ad jurandum vel cedendum."

[60]) Wie Bolgiano in der Ztschr. f. CR. u. Proc. N. F. Bd. 17. S. 187 meint.

[61]) S. Muther l. c. S. 246.

den Eidesantrag des Deferenten noch vor der richterlichen Approbation desselben abgeben und dann trägt der Richter, wenn er die Approbation eben nicht überhaupt zu verweigern findet, auch sofort den referirten Eid dem Deferenten auf[62]). Es liegt darin eine Abkürzung der Procedur, die sich dem sofort schlüssigen Delaten von selbst empfiehlt. Er kann es aber auch darauf ankommen lassen, ob der Richter die Eidesdelation überhaupt approbiren werde und erst nachdem die Approbation wirklich erfolgt ist, mit der erwähnten Erklärung den Eid referiren. Diese dem vorsichtigen Gebrauche der Eidesdelation förderliche Relationsbefugniß des Delaten ist ein gesetzliches Attribut[63]) des Schiedseides und der in l. 34. § 7. D. h. t. (12. 2.) dafür angegebene Grund: „cum non deberet displicere conditio jurisjurandi ei, qui detulit" hat auch vom Standpunkte des canonischen Rechts volle Berechtigung. Nur mit Rücksicht auf die Natur der Klage, resp. des derselben zu Grunde liegenden Verhältnisses schließen schon ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen die Relationsbefugniß bezüglich des dem Beklagten über die fundirenden Klagethatsachen deferirten Eides aus bei der actio rerum amotarum[64]) und bei jeder den Beklagten infamirenden Klage (actio famosa)[65]) und dem hat die Doctrin noch die Ausname hinzugefügt, daß der Eid auch nicht referirt werden könne, wenn der Deferent über die betreffende Thatsache weder Kenntniß hat, noch sich verschaffen kann[66]). Im ersteren Falle ist der Eid kraft gesetzlicher Bestimmung irreferibel und die Motivirung dessen liegt darin, daß es da zwar nicht durch die Verwendung des Eides überhaupt aber durch Aufrechthaltung der Relationsbefugniß zu einer den öffentlichen Rücksichten widersprechenden Eidesablegung, nemlich zu einem Eide käme, der in seinem Resultate der eidlichen Bekräftigung einer Beschuldigung gleichkäme[67]).

---

[62]) Ein Beispiel hievon bietet Nr. 65 der Beilagen. Die Erklärung des Delaten lautet hier: „nollo jurare, sed vello stare decisiue juramento ipsius Antonii" (des Deferenten). Die Relationserklärung ist somit der Delationserklärung ganz congruent.

[63]) l. 34. § 7–9. l. 38. D. h. t. (12. 2.); l. 25. § 1. D. de pecun. const. (13. 5.); c. 36. pr. X. h. t. (2. 24.).

[64]) l. 11. § 1. u. 3; l. 12. 13. D. de act. rer. amot. (25. 2.).

[65]) Wie erst das canonische Recht bestimmt hat in c. 36. pr. X. h. t. (2. 24.).

[66]) S. vorzugsweise Menochius de arbitr. jud. quaest. et caus. lib. II. cent. II casus 189. Nr. 7—9 und Mascardus l. c. Vol. II. concl. 959. Nr. 15. 16., wo auch die gegenteilige Ansicht Natta's hervorgehoben wird; Glück Pand. Bd. 12. § 803; Heffter l. c. § 231; Endemann Beweislehre S. 512 u. Civilproc. S. 794. Note 11; Wetzell l. c. S. 256. 257. 260.

[67]) Dieß glaube ich in l. 11. § 3. u. l. 12. D. l. c. (25. 2.) geradezu ausgesprochen zu finden. Denn dieser aus Schriften Ulpian's und Paulus' zusammengestellte Satz scheint mir doch nichts Anderes zu besagen, als: der Prätor würde bei der actio rer. amot. die Relation des Eides (ob etwas „divortii causa amotum esse") von Seite desjenigen, „qui amovisse dicitur" ebenso wenig zugelassen haben, als wenn der mit der actio furti Belangte dem Kläger den Eid darüber abverlangte, „an ipse fur sit". Es soll damit anschaulich gemacht werden, daß die Relation des Eides von Seite desjenigen, „qui amovisse dicitur" sachlich auf dasselbe hinauslaufen würde, wie bei der actio furti die vom Beklagten an den Kläger gestellte Forderung des Eides „an ipse fur sit". Eben dadurch, daß die Unzulässigkeit des

Dieß hat daher der Richter auch von Amtswegen schon bei der Approbation der Eidesdelation wahrzunehmen und darnach vorzugehen. Bei Aufstellung der letzteren Ausname hingegen ist die Doctrin von der Ansicht ausgegangen, daß, wenn es dem Delaten gestattet ist, den Eid über ihm unbekannte Thatsachen zu recusiren, consequent auch dem Deferenten, der sich in gleicher Lage befindet, ein Mittel geboten sein müsse, das ihm ohne Nachteil und auch ohne daß er dieses, vielleicht des einzigen ihm zu Gebote stehenden Beweismittels ganz beraubt würde, eines solchen Eides überhebt und dieses Mittel könne nur in der Ausschließung der Relationsbefugniß, resp. in der Zulassung irreferibler Eideszuschiebung erkannt werden[68]). Da aber der Richter nicht wissen kann, ob sich Deferent wirklich in der bezeichneten Lage befindet, so müßte hier dieser seine Unkenntniß sofort bei der Eidesdelation darlegen und die irreferible Auftragung des Eides an den Gegner begehren[69]), es sei denn, daß dem Richter schon aus dem der Eidesdelation vorhergegangenen Vorbringen der Parteien offenbar wäre, daß der Deferent von der Thatsache, über die er den Eid deferirt, keine Kenntniß haben und erlangen kann, in welchem Falle er dem Gegner den deferirten Eid, vorausgesetzt, daß der Approbation dieser Eidesdelation sonst Nichts

---

letzteren Eides aus der Natur des Eidesthema's offensichtlich ist, wird die Unzulässigkeit der erwähnten, mit der Forderung eines solchen Eides sachlich gleichbedeutenden Eidesrelation motivirt. Das „jusjurandum, an ipse fur sit", wird nur zur Vergleichung, zur Erklärung und Motivirung der Sache herangezogen (wobei zu beachten ist, daß der Text richtig lautet: „jusjurandum deferat, nicht referat, s. Mommsen'sche Stereotypausgabe. Berlin 1877.) und daraus ergibt sich, daß es unrichtig ist, wenn z. B. Bayer l. c. S. 893 u. Langenbeck l. c. S. 808 es als einen besonderen „gesetzlichen, den Relaten vom Schwören befreienden Grund" anführen, daß bei der actio furti der Beklagte dem Kläger den Eid nicht darüber zurückschieben kann „an ipse fur sit". Das gleiche Motiv, daß die Eidesrelation da zu einem aus öffentlichen Rücksichten unzulässigen Schwurthema (wie „an ipse fur sit") führt, liegt aber auch der Bestimmung des canon. Rechts in c. 36. pr. X. h. t. (2. 24.) zu Grunde, denn das Thema: an ipse infamis sit, auf welches da die Relation hinauslaufen würde, kommt dem: „an ipse fur sit" dießfalls doch gleich.

[68]) Diese Ansicht wird als die ratio legis, als das Motiv der Bestimmungen in l. 11—13. D. cit. (25. 2.) und c. 36. pr. X. h. t. (2. 24.) bezeichnet und darnach hält man sich um so mehr für berechtigt, die erwähnte Ausname zu lehren. S. die Citate oben in Note 66. Daß dieß aber nicht die ratio der cit. gesetzlichen Bestimmungen ist, glaube ich in voriger Note nachgewiesen zu haben und daß das „cum iniquum sit, de alieno facto alium juraro" der l. 11. § 2. D. cit. (25. 2.) sich nur auf den „pator amoventis", nicht aber auf den „qui amovisse dicitur", um dessen Eid und Relationsbefugniß es sich da eigentlich handelt, bezieht, hat schon Langenbeck l. c. S. 810 angedeutet. S. auch Endemann Beweislehre S. 512. Note 9 und Civilproc. S. 794. Note 11.

[69]) Geltendmachung und allfällige Verhandlung dessen erst nach wirklich erfolgter Relation wäre durch die Gebundenheit des Delaten an die einmal vorgenommene Relation ausgeschlossen. Abgesehen von dem, was sich aus der Bedeutung der richterlichen Approbation der Eidesdelation dießfalls deduciren ließe, wäre es eine eclatante Beeinträchtigung des Delaten, wenn er nicht schon bei Fassung des ihn bindenden Entschlußes, ob er annehmen oder referiren wolle, wüßte, daß und aus welchem Grunde Deferent die Relation recusirt, denn es fällt von selbst auf, daß dieß für den genannten Entschluß sehr bestimmend sein kann. Deßhalb könnte

entgegensteht, auch ohne dießfälliges Begehren als irreferibel aufzuerlegen hätte [70]). Allein eine gesetzliche Stütze für diese Lehre findet sich weder im römischen, noch im canonischen Rechte [71]) und es ist dabei übersehen, daß ein Grund, welcher für den Delaten wol ausreicht, um den deferirten Eid zu recusiren, an sich noch keineswegs auch stark genug ist, um ein „displicere" der „conditio jurisjurandi" bei dem, „qui detulit" zu rechtfertigen. Denn die Position des Deferenten als Relaten gegenüber der Relation ist durchaus nicht identisch mit der Position des Delaten gegenüber der Delation; der Delat, der den deferirten Eid recusirt, wehrt sich gegen eine Zumutung seines Gegners, der Deferent, der als Relat den referirten Eid recusirt, befindet sich in keinerlei Zustand der Abwehr wider seinen Gegner, sondern verlangt Nichts weniger, als Beseitigung der gesetzlichen Consequenz eines von ihm selbst für seine Beweiszwecke in Anwendung gebrachten Mittels, er will sich den Gebrauch eines Beweismittels geradezu auf Kosten seines Gegners ermöglichen. Daß das ganz verschiedene processualische Standpunkte sind, fällt von selbst auf und damit ist wol auch dargethan, daß, wenn es dem Delaten gestattet ist, wegen Unwissenheit den Eid abzulehnen, es noch keineswegs auch dem Deferenten aus dem gleichen Grunde gestattet sein muß, die Relation abzulehnen [72]). Wenn man aber die Zulässigkeit irreferibler Eidesdelation in dem besprochenen Falle aus der Erwägung rechtfertigen wollte, daß sonst der beweispflichtigen Partei häufig ein wichtiges, vielleicht das einzige ihr zur Verfügung stehende Beweismittel entzogen wäre, so muß dagegen hervorgehoben werden, daß diese Erwägung in keinem Falle ausreichen würde, um die Be-

---

— die fehlende Begründung der erörterten Ausname immer angenommen, — im canonischen Processe die z. B. von Bayer l. c. S. 895. u. A. ventilirte Frage, ob der referirende Delat, wenn die Relation auf Grund der Ablehnung des Relaten als unzulässig erkannt würde, als jurare nolens zu behandeln sei, gar nie zweifelhaft sein; denn der Delat, welcher trotz der Approbation irreferibler Eidesdelation den Eid doch referiren würde, müßte notwendig als jurare nolens behandelt werden.

[70]) Denn dieß hätte der Richter schon bei der Approbation hier ebenso von Amtswegen wahrzunehmen, wie oben rücksichtlich der Recusation (zu Note 53) bemerkt wurde.

[71]) S. die voranstehenden Noten 67 und 68, sowie Bayer l. c. S. 894, der aber trotzdem er „die Ausdehnung auf andere als die in dem Gesetze bezeichneten actiones" als nicht gerechtfertigt erkennt, das Wesentliche dieser Ausdehnung „freilich" zugibt; Langenbeck l. c. S. 810 u. ff.; Renaud l. c. § 135 zu Note 18. Die Stellung des Gegensatzes auf Wahrheits- und Glaubenseid und die Heranziehung des Ignoranzeides ist für den canon. Proceß nicht anwendbar. Ueber die außer den in Note 67 und 68 besprochenen Stellen noch herangezogenen l. 32. C. de fideicomm. (6. 42.) u. l. 12. § 1. C. h. t. (4. 1.) s. Langenbeck l. c. und Endemann Beweislehre S 512. Note 9.

[72]) Schon Langenbeck l. c. S. 810 zieht es mit Recht, doch ohne hinreichende Ausführung, in Zweifel, daß Relat und Delat „sich wirklich in pari conditione befinden". Eine Lehre, die von dem Satze ausgeht: „Da auch die Zurückschiebung des Eides eine Art der Eidesdelation ist, so kann sie nur unter den Bedingungen geschehen, unter welchen überhaupt die Eideszuschiebung zulässig ist" (Glück l. c. Bd. 12. S. 319), muß freilich zu anderen Resultaten gelangen.

dingungen, an welche das Gesetz den Gebrauch eines Beweismittels knüpft, zum evidenten Nachteile der andern Partei zu beseitigen oder zu modificiren und daß dieselbe auch an und für sich betrachtet nicht geeignet ist, die Ausschließung der Relationsbefugniß zu motiviren, weil durch die unbedingte Verpflichtung des Delaten zur Eidesleistung in dem genannten Falle dem practischen Erfolge nach in der That ein der Ueberwälzung der Beweislast wenigstens ähnliches Resultat herbeigeführt würde, das über den angestrebten Zweck jedesfalls weit hinausgeht[73]). So übereinstimmend also auch der erörterte Ausschließungsfall der Relationsbefugniß von der Doctrin festgehalten wurde, so ist derselbe doch auch für den canonischen Proceß nicht begründet[74]).

An die einmal erklärte Relation ist der Delat ebenso und aus dem nemlichen Grunde, wie bei der Acceptation gebunden[75]), der Deferent aber hat den referirten Eid abzulegen, widrigens die Thatsache, welche er durch die Eidesdelation zu beweisen gedachte, als unwahr gilt[76]).

Sowol in Bezug auf diese den Relaten, als auch in Bezug auf die früher angeführten, den Delaten als poena recusati treffenden Rechtsfolgen muß hervorgehoben werden, daß die Natur derselben mit dem Wesen des beim Verfahren mit dem Schiedseide im canonischen Processe ausgebildeten richterlichen Approbationsactes und der daran sich knüpfenden Auffassung, daß der Richter es ist, welcher den Schiedseid eigentlich aufträgt[77]), nicht im Einklange steht. In der Consequenz dieser Auffassung würde es streng genommen liegen, daß die Folgen der Nichteinlassung oder grundlosen Weigerung des Delaten und des Relaten andere sein, z. B. in der Anwendung von Zwangsmitteln zur Durchsetzung des richterlichen Auftrages u. dgl. bestehen müßten. Dieß müßte sich um so mehr geltendmachen, wenn das Verfahren mit dem Schiedseide im canonischen Processe wirklich von der inquisitorischen Ansicht beherrscht wäre, daß es sich bei der Verwendung des Schiedseides darum handelt, ein Mittel zur Wahrheitserforschung sorgsam zu benützen und nicht so leicht aus den Händen zu lassen[78]). So wenig sich dieß verkennen läßt, so sicher ist es aber anderer-

---

[73]) Ueber noch andere Begründungen der hier bekämpften Lehre s. Langenbeck l. c. S. 809. 810. Bemerkenswert ist der von Menochius l. c. noch beigebrachte Grund: „Huc pertinet, quod si recusare et referre posset, rei veritas in tenebris delitesceret, id quod leges mirum in modum abhorrent.“ Damit wäre auch reinstes Inquisitionsverfahren für den Beweis im Civilprocesse begründet.

[74]) Wie nach dem Berichte von Menochius l. c. auch in der älteren Doctrin schon Natta und Purpuratus lehrten.

[75]) S. Renaud l. c. § 135. zu Note 26; dagegen Schmid l. c. II. § 166. u. die da Note 15 Citirten.

[76]) S. Schmid l. c. II. § 166. Note 5; Bayer l. c. S. 895; Wetzell l. c. S. 257; Endemann Beweislehre S. 511 u. Civilproc. S. 795; Langenbeck l. c. S. 807; Renaud l. c. § 135. S. 389.

[77]) S. oben Note 22.

[78]) Wie dieß z. B. in der oben Note 73 angeführten Stelle von Menochius betont wird.

seits, daß es zu irgend einer Abänderung der vom römischen Rechte bestimmten poena recusati im canonischen Processe nicht gekommen ist[79]); daß diejenigen Stellen des römischen Rechts, welche die Eidesdelation über das ganze Rechtsverhältniß behandeln und Sachfälligkeit als poena recusati aussprechen, auf die Eidesdelation über einzelne Thatsachen nur sinngemäße Anwendung finden können und darnach die poena recusati da nur in der Sachfälligkeit des sich Weigernden bezüglich des Beweises der betreffenden Thatsache, d. h. darin bestehen kann, daß diese Weigerung als Herstellung, resp. Vereitelung der bezweckten Beweiswirkung behandelt wird, das ist nicht erst dem canonischen Processe eigentümlich, sondern kommt schon im römischen Processe selbst in judicio vor, wo der Schiedseid auch schon nur über einzelne Thatsachen deferirt werden konnte[80]). Darin liegt nun ein neuer Beweis dafür, daß das im canonischen Processe bei der Eidesdelation hervortretende neue Element eines besonderen richterlichen Approbationsactes in seinen Consequenzen keineswegs entwickelt wurde, daß vielmehr der Schiedseid seinen durch das römische Recht bestimmten Charakter auch im canonischen Processe im Wesentlichen unverändert beibehielt und daß namentlich die Bedeutung des von der Partei ausgehenden Delationsactes durch das in der Approbation gesetzte Eingreifen des Richters gar nicht herabgedrückt oder in den Hintergrund gestellt wurde. Wenn man auch in Rücksicht auf das Erforderniß solcher Approbation formell sagen konnte, der Richter sei es, der den Eid aufträgt, materiell war und blieb es doch immer die beweisführende Partei, welche wirklich deferirt. Dieß kann aber auch in keiner Weise auffallend erscheinen, wenn man erwägt, daß die Aufname eines eigenen richterlichen Approbationsactes in den canonischen Proceß ja durchaus nicht auf einem neuen, vom römischen Rechte abweichenden Gedanken, sondern vielmehr auf der Meinung beruht, es sei dieß schon in diesem (l. 12. § 1. C. h. t. 4. 1.) so geordnet, und daß es sonach aus diesem Approbationsacte heraus zu einer vom römischen Rechte wesentlich verschiedenen Behandlung der Eidesdelation auch gar nicht kommen konnte.

Die wirkliche Ablegung des Eides von Seite des Delaten oder des Relaten erfolgt sonach entweder sofort, nachdem der Richter den Auftrag gestellt hat, oder in einem dazu besonders gesetzten Termine, für welchen beide Parteien in der gewönlichen Weise zu laden sind. In der Regel hat der Richter selbst

---

[79]) S. oben Note 27.

[80]) So bestimmt schon Justinian in l. 12. § 1. C. h. t. (4. 1.) für den sich weigernden Relaten nicht einfach Sachfälligkeit, wie z. B. l. 34. § 9. D. h. t. (12. 2.): „ex relatione non jurante actore absolvit reum", sondern: „. . . necessitate imponenda ei, cui refertur, relationis subire sacramentum, vel si hoc recusaverit, quasi illato sacramento praestito causa vel capitulum decidatur", was auf den Eid über das Rechtsverhältniß ebenso, wie auf den Eid über einzelne Thatsachen anwendbar ist und bei letzterem ein durchaus adäquater Ausdruck für die auf den Beweis der Thatsache beschränkte Sachfälligkeit des sich Weigernden ist. Vgl. Wetzell l. c. S. 258; Endemann Beweislehre § 128.

und am Gerichtsorte den Eid abzunehmen, aus besonderen durch das Ermessen des Richters zu würdigenden Gründen, z. B. wegen zu weiter Entfernung des Schwurpflichtigen, wegen Unvermögenheit desselben, persönlich vor Gericht zu erscheinen, aus Rücksicht auf den hohen Stand desselben u. dgl. kann aber der Eid vollkommen wirksam auch durch einen requirirten Richter oder durch einen besonders bestellten Commissär, selbst in der Wohnung des Schwörenden abgenommen werden [81]). Soll das Beweisverfahren seinem allgemeinen Zwecke gemäß die in dem Beweismittel liegenden Beweisgründe auch hier zur Entfaltung und Wirksamkeit bringen, so muß sich der Richter oder wer in seinem Auftrage den Eid abnimmt, vergewissern, daß der Schwörende nicht nur genau weiß und versteht, was er zu beschwören hat, sondern sich auch der hohen Bedeutung des Actes vollkommen bewußt ist, und soll die dem Richter hiebei auferlegte und namentlich im canonischen Processe betonte Wahrung der öffentlichen Rücksichten wirksam sein, so muß derselbe auch jetzt noch dießfalls relevante Umstände, welche bei der richterlichen Approbation nicht bekannt waren oder erst nach derselben eingetreten sind, von Amtswegen prüfen und berücksichtigen. Daher hat der Richter zunächst den Eidessatz den in der Delation und Receptation, resp. Relation abgegebenen Parteierklärungen entsprechend genau zu formuliren und sich zu versichern, daß derjenige, der schwören soll, wirklich den Willen hat, den Eid so abzulegen. Diese Feststellung vor der Eidesabname ist ungeachtet der dießfalls schon erforderlichen Bestimmtheit der Parteierklärungen, die eben nicht gerade eine wörtliche Formulirung des Eidessatzes zu enthalten brauchen, nicht bloß dann wesentlich, wenn diese Erklärungen oder die dießfalls erst jetzt gestellten Anträge der Parteien nicht in vollem Einklange stehen oder wenn bei der Relation die Umstände des vorliegenden Falles eine schärfere Präcision oder sinngemäße Modification des in der Delation bezeichneten Eidesthema's erheischen, sondern dieselbe erscheint nach dem, was dem Richter da obliegt, wol immer geboten, um eben jeden erst im Schwuracte selbst etwa auftauchenden Zweifel möglichst auszuschließen. Aber es ist begreiflich, daß die gesetzlichen Bestimmungen diese „conceptio juramenti“ durch das „arbitrium judicantis“ nur für die erstgenannten Fälle ausdrücklich hervorheben [82]). Sodann hat der Richter die Partei, welche zu schwören im Begriffe steht, in angemessener

---

[81]) l. 15. D. h. t. (12. 2.); l. 12. § 4. 5. C. h. t. (4. 1.); nov. 124. c. 1. Vgl. Schmid l. c. II. § 169. pr.; Wetzell l. c. § 25. Note 21; Endemann Beweislehre § 127; Renaud l. c. § 128.

[82]) l. 34. § 5. 8. D. h. t. (12. 2.). Vgl. Pillius l. c. p. 3. § 6. S. 52; Damasus l. c. tit. 57, der die ‚qualitas juramenti‘ willkürlich beschränkt, indem er hinzufügt: ‚scilicet, utrum juretur in ecclesia vel extra, utrum super sacrosancta evangelia vel non‘; Mascardus l. c. Vol. II. concl. 959. Nr. 13; Menochius l. c. lib. II. cent. II. cas. 189. Nr. 2—8. Die neuere Doctrin verlangt immer Verlesung der Eidesformel und erforderlichenfalls Verdeutlichung derselben, s. Schmid l. c. II. § 169; Langenbeck l. c. S. 799; Endemann Civilproc. § 203. I. B. 2.

Weise an die Bedeutung des Actes zu erinnern und je nach Befinden durch mehr oder weniger eindringliche Belehrungen und Vorstellungen (Hinweisung auf die zeitlichen und ewigen Strafen des Meineides u. dgl.) auf die Stimmung des Schwörenden zweckentsprechend einzuwirken. Gesetzlich ist dem Richter auch im canonischen Rechte nicht vorgeschrieben, mit welchen Mitteln er dießbezüglich und wie weit er in jedem Falle vorzugehen habe, sondern es ist seiner Discretion überlassen, sich in der nach Beschaffenheit der Person und des Falles geeignetsten Weise des Bewußtseins des Schwörenden von der hohen Bedeutung des Actes zu versichern [83]). Auf Anregung und Wacherhaltung dieses Bewußtseins sind übrigens auch die unten zu erwähnenden Formen berechnet, unter welchen der Schwuract selbst vor sich geht. Endlich hat der Richter nach dem hervorgehobenen Gesichtspunkte auch jetzt (im Schwurtermine) noch solche Umstände, welche, wenn sie zur Zeit der Approbation der Eidesdelation schon bekannt oder vorhanden gewesen wären, nach seinem Ermessen diese verhindert haben würden, wie z. B. Verurteilung des Schwurpflichtigen wegen Meineides oder auch nur dringende Gefahr eines solchen u. dgl. zu berücksichtigen, d. h. die nicht offenbar nur chicanöse Geltendmachung dessen zuzulassen, den bezüglichen Umstand zu prüfen und nach Befinden die Eidesabname deßhalb zu verweigern.

Dabei kann nun allerdings auch für den canonischen Proceß die Frage aufgeworfen werden, ob, abgesehen von dem oben erörterten, dem Deferenten zustehenden Widerrufsrechte der Eidesdelation der Gegner dessen, der, sei es nun als Delat oder als Relat eben schwören will, durch das Erbieten, das Gegenteil des von diesem zu Beschwörenden in anderer Art zu beweisen, die Eidesabname verhindern könne, also eine probatio pro evitando perjurio zulässig sei? Soweit solches Anerbieten unter den Gesichtspunkt der Geltendmachung von Umständen fällt, durch welche die Gefahr eines Meineides dargelegt werden soll, ist dasselbe nach dem Gesagten ohneweiters zulässig und der Richter hat nach Beschaffenheit der Umstände, namentlich der Qualität der hiefür namhaft gemachten Beweismittel und der hieraus sich ergebenden Wahrscheinlichkeit des bezweckten Erfolges hier, wie in jedem andern Falle, wo es sich um Geltendmachung und Prüfung einer Gefahr oder Befürchtung des Meineides handelt, zu ermessen, ob er die Durchführung des so angebotenen Be-

[83]) Wesentlichkeit vorgängiger Erklärung der Eidesformel und Verwarnung vor dem Meineide zur giltigen Eidesleistung läßt sich auch nach canon. Rechte nicht behaupten. Vgl. dießfalls Glück Pand. Bd. 12. § 791; Schmid l. c. II. § 169 pr.; Bayer l. c. S. 977; Langenbeck l. c. S. 799. Mit Recht sagt Wetzell l. c. S. 231: „der Richter hat das Recht und die Pflicht, den Eidespflichtigen, wo es ihm nötig scheint, ... zu belehren" u. s. w. und die Bemerkung Endemann's Beweislehre S. 538: „Zu der Form des Eides gehört auch dessen Erklärung und die Verwarnung vor dem Meineid, die jedoch mehr zur Richterpflicht, als zu den rechtlichen Erfordernissen des Eidschwurs gehören" gilt auch für den canon. Proceß. S. auch Richter Lehrbuch des KR. § 288. III. Note 28.

weises zulassen und solchem je nach dem in Verbindung mit den etwa sonst noch in Betracht kommenden Umständen zu würdigenden Resultate desselben die Eidesabnahme verweigern solle oder nicht. In demgemäß ist der Richter berechtigt und verpflichtet, eine solche Beweisführung auch dann noch zuzulassen, wenn die betreffende Partei, die sich dazu erbietet, in der Proceßsache selbst mit jeder weiteren Beweisführung, sei es durch Renunciation oder durch Ablauf des gestellten peremtorischen Beweistermins präcludirt wäre. Denn es handelt sich da eben in erster Linie gar nicht um eine Beweisführung in der Proceßsache selbst, sondern um die dem Richter von Amtswegen obliegende Prüfung und Constatirung der bezeichneten, hier von der Partei geltendgemachten Meineidsgefahr, für welche jene Beweisführung nur Mittel zum Zwecke, deren Präclusion also auch gar nicht maßgebend ist. In diesem Sinne kennt also auch der canonische Proceß eine Beweisführung, welche dazu dient, die Gefahr des Meineides zu constatiren und dadurch die wirkliche Ablegung eines solchen zu verhindern, somit eine probatio pro evitando perjurio, wie man dieß ja auch benennen kann. Die Anlage und Vermeidung derselben ist reine Amtssache des Richters, nicht bloß das besprochene Parteierbieten, sondern auch jeder andere, die Gefahr eines Meineides nahelegende Umstand kann nach Ermessen des Richters zu derselben führen und jenes Parteierbieten führt dazu nur deßhalb und insofern, weil und insoweit durch dasselbe eben die Meineidsgefahr geltendgemacht und nahegelegt wird. Allein von einem Rechte der Partei, die Eidesablegung der Gegenpartei durch das genannte Beweisanerbieten auszuschließen, wornach sodann der Richter auch verpflichtet wäre, anstatt den Eid abzunehmen, zur Aufname des so angebotenen anderweitigen Beweises zu schreiten und wornach sich weiter die Fragen ergeben würden, ob und unter welchen Bedingungen die Partei trotz bereits eingetretener Präclusion mit anderen Beweisen dazu befugt sei, welche Wirkung das Mißlingen dieser Beweisführung für den mittels des Schiedseides intendirten Beweis habe u. dgl., d. i. von seiner probatio pro evitando perjurio in dem Sinne, wie sie z. B. nach der österreichischen allgemeinen Gerichtsordnung (§ 231. 232.) statthat [54]) und von Einigen auch für den gemeinen deutschen Civilproceß angenommen wird [55]), ist im canonischen Processe nicht die Rede. Nur soviel muß wol auch hier behauptet werden, daß, wenn es in Folge des erörterten Beweisanerbietens zu einer solchen Beweisführung wirklich gekommen und dieselbe vollständig gelungen wäre, dieses, ja selbst ein minderes

[54]) Vgl. Pratobevera Materialien. Bd. 5. S. 197. u. ff.

[55]) Wenngleich nur in Verbindung mit der m. E. davon wesentlich zu trennenden Frage nach der Berechtigung zur „Zurücknahme eines zu- oder zurückgeschobenen Eides"; vgl. darüber Glück Pand. Bd. 12. S. 302 u. ff.; Loß im Archiv f. civ. Prax. Bd. 1. S. 280 u. ff.; Martin Lehrb. § 229. Note g. Während noch Wetzell l. c. S. 264. Nr. 5. lehrt: „Auch steht einer jeden Partei derselbe Weg (der Restitution) offen, um die Ausschwörung des vom Gegner angenommenen Eides zu verhindern (sog. probatio pro evitando perjurio)", bemerkt Endemann Civilproc. § 202. Note 44: „Indessen ist diese Meineidsverhütung (durch prob. p. e. perj.) gemeinrechtlich jetzt allgemein verworfen."

Resultat unter der Voraussetzung, daß zur Zeit des Anerbietens weitere Beweisführung im Processe nicht bereits präcludirt war, auch für die richterliche Würdigung des Beweises in der Sache selbst nicht belanglos bleiben könnte, sondern denjenigen Einfluß darauf üben müßte, welcher ihm seinem Inhalte nach zukommt, daß also eine derartige, eigentlich nur zur Constatirung der Meineidsgefahr zugelassene und unternommene Beweisführung der Partei auch für den Beweis in der Hauptsache nicht bloß negativ durch Verhinderung der beabsichtigten Eidesablegung, sondern auch durch ihr positives Ergebniß wirksam wäre.

Daß der Delat, resp. Relat den Eid persönlich leisten müsse, darf wol als eine durch die gerade im canonischen Rechte stets betonte hochwichtige Bedeutung des Schwuractes gebotene Forderung bezeichnet werden. Beim Calumnieneide, welcher schon nach seinem Charakter als regelmäßiger und unvermeidlicher Proceßact dießfalls einer minder strengen Behandlung leichter zugänglich ist, gestattet zwar das canonische Recht [86]) und die Doctrin [87]) ausnamsweise die Eidesleistung durch einen Vertreter, ein jurare in animam domini oder überhaupt alterius, aber für den Beweiseid ist dieß in keiner Weise zugelassen und auch die im gemeinen deutschen Civilprocesse auf Grund des Verhandlungsprincipes gelehrte Ausname [88]), daß wenigstens mit Einwilligung der Gegenpartei auch ein Beweiseid „durch ein fremdes Organ" abgelegt werden könne, läßt sich für den canonischen Proceß nicht behaupten, da das canonische Recht über die Art der Eidesablegung der Privatdisposition der Parteien keinen Spielraum gewährt. Und wenn schon eine derartige Stellvertretung in der Eidesleistung, bei welcher doch wenigstens noch „in animam" des eigentlichen Delaten, resp. Relaten geschworen würde, unstatthaft ist, so kann ein vollständiger Ersatz der dem Delaten, resp. Relaten obliegenden Eidesleistung durch den Eid eines Dritten, der mit jenem zwar in einer bestimmten rechtlichen Beziehung steht, aber im vorliegenden Processe nicht selbst Delat, resp. Relat ist [89]), noch weniger als zulässig erscheinen, da die Eides-

---

[86]) c. 3. 4. 6. 7. X. de juram. calumn. (2. 7.); c. 38. de elect. in VI^to. (1. 6.); c. 3. de jur. cal. in VI^to. (2. 4.); c. 2. de test. et attestat. in VI^to. (2. 10.).

[87]) S. Durantis l. c. lib. II. part. 2. de juram. calumn. § 3; Schmalzgrueber l. c. p. II. tit. 7. Nr. 6. 10. 11; J. H. Böhmer J. E. P. lib. II. tit. 7. § 5 u. 6; Renaud in der Zeitschr. f. CivilR. u. Proc. N. F. Bd. 18. S. 5 u. ff.: Endemann Beweislehre § 126.

[88]) S. Renaud in der Zeitschr. f. CivilR. und Proc. N. F. Bd. 18. S. 9. und Lehrbuch des CivilprocR. § 131 u. die da Note 4. Citirten nebst Schmid l. c. I. § 79. II. § 169; Bayer l. c. § 107. Dagegen Endemann Civilproc. § 203. I. A. 2. Ueber andere im gem. deutschen Civilproc. teils wirklich geltende, teils nur unbegründeter Weise behauptete Avonamen von dem Grundsatze persönlicher Eidesleistung s. vorzugsweise den zuerst cit. Aufsatz Renaud's S. 9 u. ff.

[89]) Daß dieß von bloßer Stellvertretung bei der Eidesleistung, d. i. von der Eidesleistung „durch das Organ einer andern Person" wesentlich zu unterscheiden ist und sich übrigens auch nicht bloß auf den Act der Eidesleistung, sondern auf den Gebrauch des Eides als civilproceßualischen Beweismittels überhaupt bezieht, hebt sehr treffend und scharf hervor Renaud

leistung eines solchen Dritten nicht einmal die erwähnte persönliche Beziehung auf den Delaten, resp. Relaten selbst enthalten, sondern sich als ein der Person dieses völlig fremder Act darstellen würde. Wol aber ergibt sich auch für den canonischen Proceß die Frage, wer den Eid wirklich zu leisten habe, wenn der Delat, resp. Relat eine juristische Person ist? und diese muß selbstverständlich wenigstens jetzt vor der Eidesabname gelöst werden, wenn die Persönlichkeit des Schwörenden, wie es jedesfalls freisteht, unter Beachtung der dießfälligen Parteierklärungen nicht bereits früher in der Approbation der Eidesdelation bestimmt wurde. Hierüber hat das canonische Recht (c. 2. de test. et attest. in VIto. 2. 10.) wenigstens für das juramentum de veritate dicenda und in Bezug auf organisirte Corporationen den Grundsatz aufgestellt, daß dieser Eid, insoweit nicht die gesetzlich (c. 3. 4. 6. 7. X. de jur. calumn. 2. 7.) zulässige Stellvertretung angewendet wird, von dem legalen Vorstande der Corporation, u. z „nomine suo et in animas conventuum eorundem vel majoris et sanioris partis ipsorum" zu leisten ist[90]). Wenn es nun auch richtig ist, daß das juramentum de veritate dicenda in seiner processualischen Function dem generellen Calumnieneide im Allgemeinen gleichkommt und daß, wie Wetzell l. c. S. 242 Note 73 hervorhebt, die Gesetzesstellen, welche nur von dem letzteren handeln, „für die gerichtlichen Schiedseide" (ja überhaupt Beweiseide) „um deswillen ohne Bedeutung sind, weil der Calumnieneid ..... gegen eine chicanöse Proceßführung sichern soll und eben darum von denjenigen Mitgliedern der Corporation ausgeschworen werden muß, von welchen die Proceßführung beschlossen worden ist", so darf doch nicht übersehen werden, daß sich das juramentum de veritate dicenda gerade in dem Punkte, auf welchen es hier ankommt, von dem generellen Calumnieneide unterscheidet. Es soll durch dasselbe nicht bloß der nemliche Zweck für die Proceßführung, wie durch den Calumnieneid, erreicht, sondern auch, wie schon die Benennung besagt und die geforderte Art der Beantwortung der nach abgelegtem jur. de ver. dic. gestellten Positionen zeigt, die Verpflichtung der Partei zu wahrheitsgetreuen Erklärungen in der Proceßsache selbst schärfer betont und strenger gesichert werden, als es durch den gewöhnlichen Calumnieneid geschieht. In dieser auf die Darlegung des im Processe zur Verhandlung gelangenden Materiales zielenden Richtung steht das juramentum de ver. dic. dem Beweiseide, nicht dem generellen Calumnieneide analog; die Partei soll durch dasselbe entsprechend der in den Rechtssachen, in denen es abzulegen ist, geforderten größeren Strenge der Wahrheitserforschung bewogen werden, jede einzelne Erklärung über den Gegenstand des Processes mit der gleichen Ueberlegung und Gewissenhaftigkeit abzugeben, wie es beim Be-

---

n der cit. Zeitschr. f. CivilR. u. Proc. N. F. Bd. 18. S. 3. 4. u. in näherer Ausführung S. 21 u. ff. S. 161 u. ff., sowie Lehrb. des CivilprocR. § 131. S. dazu Wetzell l. c. S. 239. 243 u. ff.; Endemann Civilproc. § 203. I. A. 2., sowie oben Note 13.

[90]) Aehnlich ist ja auch die Bestimmung in l. 97. D. de condit. et demonst. (35. 1.)

weiseide, der ja auch nur „veritatem dicere“ verlangt, erforderlich ist[91]). Es ist in dieser Beziehung nicht unberechtigt zu sagen, daß das vorausgehende allgemeine juramentum de ver. dic. die Stelle all der einzelnen Beweiseide vertritt, welche bei den folgenden Erklärungen der Partei in der Proceßsache zu leisten wären. Darnach erscheint es mir aber ohneweiters zuläßig, die Bestimmung der oben angeführten Stelle des canonischen Rechts auch auf die Beweiseide überhaupt und sonach auch auf den Schiedseid insbesondere anzuwenden. Ja wenn man erwägt, daß die Leistung des juramentum de ver. dic. an die Information, das Bewußtsein und die Gewissenhaftigkeit des Schwörenden eben wegen seiner allgemeinen Beziehung auf den ganzen Proceß noch höhere Anforderungen stellt, als die Ablegung eines Beweiseides über eine einzelne im Processe relevante Thatsache, so darf man wol noch unbedenklicher schließen: Wenn nach canon. Rechte das einer organisirten Corporation obliegende juramentum de ver. dic. von dem legalen Vorstande derselben „nomine suo et in animas conventuum eorundem vel majoris et sanioris partis ipsorum“ abzulegen ist, so ist darnach auch der einer solchen Corporation obliegende Beweiseid durch dasselbe Organ und in der gleichen Weise zu leisten. Auf nicht organisirte Corporationen ist dieser Grundsatz natürlich nicht anwendbar, es müßte daher da der Eid wenn nicht von allen Mitgliedern, so doch der besprochenen Bestimmung analog von der „major et sanior pars ipsorum“ geleistet werden. Dagegen stehen der Anwendung des nemlichen Grundsatzes auf andere juristische Personen, wie Stiftungen, um so weniger Bedenken entgegen, als der Umstand, daß da keine Mitglieder vorhanden sind, in quorum animas der Eid von dem Vorstande mitabzulegen wäre, dieser Anwendung eher förderlich, als hinderlich ist[92]).

Ist es der Delat, welcher den Eid abzulegen hat, so kann derselbe verlangen, daß der Deferent vorher den Calumnieneid schwöre, in dessen Ermangelung der vom Delaten zu leistende Eid als erlassen gilt[93]). Daß das Unterbleiben dieser Forderung und sonach auch dieses Calumnieneides auf die

---

[91]) S. hier I. Teil. S. 72. 73; dazu Durantis l. c. lib. II. part. 2. de juram. calumn. § 1. Nr. 10. 12. und namentlich Zimmermann Glaubenseid. S. 174 u. ff. u. die da gegebenen weiteren Nachweise. Wetzell l. c. § 30. S. 283 u. ff.

[92]) Vgl. Schmid l. c. II. § 160; Bayer l. c. § 264; Wetzell l. c. S. 240 u. ff.; Endemann Beweislehre § 132. 133. Civilproc. § 203. I. A. 2; Renaud l. c. § 131.

[93]) l. 34. § 4. 7. u. l. 37. D. h. t. (12. 2.); l. 25. § 3. D. de probat. (22. 3.); l. 9. C. de reb. cred. (4. 1.). Vgl. Zimmern l. c. § 127; Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 586. 587. Mit Recht hebt Endemann Beweislehre § 119 hervor, daß „der Calumnieneid des Deferenten, welchen der Delat forderte, nicht Vorbedingung der wirksamen Delation“, sondern „ein Recht des Delaten war, von dem er vor seinem Schwur Gebrauch machen konnte“, wie ja auch schon Pillius und Damasus (s. folgende Note) deutlich erklären, daß dieser Calumnieneid zu leisten ist, „antequam ille, cui (jusjurandum) delatum est, subire cogatur.“

Wirksamkeit des vom Delaten abgelegten Eides keinen Einfluß hat, bedarf ebenso wenig weiterer Ausführung, als daß diese eben nur dem Delaten erteilte Berechtigung nicht auch dem Relaten zusteht, rücksichtlich dessen es l. 34. § 7. D. cit. übrigens noch besonders begründet, warum ihm die gleiche Befugniß nicht eingeräumt ist. Das canonische Recht hat an diesen durch das römische Recht getroffenen Bestimmungen Nichts geändert[94]), dennoch scheint in der Praxis des canonischen Processes der genannte specielle Calumnieneid schon frühzeitig in dem allgemeinen Calumnieneide aufgegangen zu sein[95]).

Für den Schwuract selbst sind zwar nicht durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung bestimmte Formen vorgeschrieben, aber es ist alte, nicht bloß von den geistlichen, sondern auch von den weltlichen Gerichten der christlichen Völker festgehaltene Uebung, daß der Schwörende den ihm vom Richter vorgesagten, mit der ausdrücklichen Berufung auf Gott und Bezeichnung des Actes als Eid einzuleitenden Eidessatz unter Berührung der Bibel oder doch der Evangelien[96]), auch von Reliquien, nach späterer Sitte vor einem zwischen zwei brennenden Kerzen aufgestellten Crucifixe unter Emporhalten des Daumens und der folgenden beiden Finger der rechten Hand, resp. bei Geistlichen und Frauen Anlegen derselben an die linke Brust Wort für Wort deutlich nachspricht und, wie das canonische Recht[97]) besonders hervorhebt, mit der Erklärung schließt: „Sic me Deus adjuvet et haec sancta evangelia“[98]).

---

[94]) S. Pillius l. c. p. 3. § 6. S. 59. 60; Damasus l. c. tit. 57; Matcardus l. c. Vol. II. concl. 959. Nr. 14. Auch Engel l. c. II. 24. § 2. Nr. 11 (freilich ganz verkehrt), München l. c. I. S. 172 u. Schulte Eheproc. S. 186 halten daran noch fest.

[95]) In Nr. 63. 64 u. 66 der Beilagen schwört der Delat, doch von einem Verlangen dieses Calumnieneides findet sich keine Spur. Schon Endemann Beweislehre. S. 569 macht auf dieses Aufgehen in dem allgem. Calumnieneide aufmerksam, nur läßt sich deßhalb noch nicht mit Note 6a daselbst sagen: „Die Privatberechtigung des römischen Delaten wurde zur Amtspflicht des Richters auf diese Weise.“

[96]) Wie dieß schon das römische Recht (s. l. 12. § 5. C. h. t. 4. 1; l. 7. § 5. C. de curat. fur. 5. 70; nov. 123. c. 7. 124. c. 1.) fordert und das canonische Recht (c. 7. X. de juram. calumn. 2. 7; c. 1. § 8. in Clem. de haeret. 5. 3.) beibehält. Nur Bischöfe schwören „propositis tantum, sed non tactis evangeliis“. In den Beilagen Nr. 63—66 wird der Eid stets abgelegt „manutactis scripturis corporaliter ad sacra dei evangelia.“

[97]) c. 33. i. f. D. 63; c. 4. X. de jurejur. (2. 24.).

[98]) Vgl. Durantis l. c. lib. IV. part. 2. de jurejurando. Nr. 11. 13; Schmelzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 1. Nr. 1—4; J. H. Böhmer l. c. II. 24. § 55 u. ff.; Müller Lexicon des KR. Bd. 2. S. 671 u. ff.; Phillips Lehrb. des KR. II. § 310. I. u. VI.; Richter Lehrb. des KR. § 288. III.; Schmid l. c. II. § 169 pr.; Wetzell l. c. S. 231; Langenbeck l. c. S. 799 u. ff.; Renaud l. c. § 128. Die Ablegung eines Eides ohne jegliche derartige Form ist m. W. dem canon. Rechte fremd, nach demselben läßt sich daher nicht (wie z. B. für den gem. dtsch. C. P. von Wetzell l. c. u. Renaud l. c. gelehrt wird) behaupten, daß „der Gegner auf diese Formen auch verzichten kann.“ Diese Formen sind durchaus nicht bloß im Interesse der gegnerischen Partei

Die wirkliche Ablegung des Eides kann übrigens von Seite des Gegners der Partei, welche eben zu schwören im Begriffe steht, auch erlassen werden und wenn man da sagt, ein solcher Erlaß gelte der Ableistung des Eides gleich [99]), so ist dieß vom Standpunkte der Behandlung des Schiedseides als Beweismittel begrifflich nicht genau. Darnach muß dieser Erlaß als ein freiwilliges Einräumen der durch den Eid zu erhärtenden Wahrheit der bezüglichen Thatsache, also als Geständniß aufgefaßt und die Proceßpartei dazu unter den nemlichen Voraussetzungen und aus dem gleichen Grunde als befugt erkannt werden, wie zu diesem. Bei dem Umstande nun, daß die Würdigung des Resultates der Beweisführung durch den Richter beim Schiedseide der Natur der Sache nach keinen Spielraum findet, wird im practischen Erfolge, d. i. für die Entscheidung der Sache der erlassene Eid dem wirklich geleisteten allerdings regelmäßig gleichstehen, aber begrifflich ist dieß nicht der Fall [100]). Durch den Erlaß des Schiedseides wird, wie durch das Geständniß, die zu beschwörende Thatsache aus dem im Processe zu erweisenden Materiale überhaupt ausgeschieden und hat somit als eine des Beweises gar nicht bedürftige Thatsache dem Erkenntnisse zur Grundlage zu dienen, durch die Ablegung des Schiedseides dagegen wird, alle Erfordernisse natürlich vorausgesetzt, der Beweis der beschworenen Thatsache hergestellt und dieselbe sohin als eine im Processe erwiesene der Entscheidung zu Grunde gelegt. Dieser begriffliche Unterschied ist freilich nicht bloß hier, sondern in allen Fällen zu beachten, in welchen beim Verfahren mit dem Schiedseide die demselben unterstellte Thatsache als zugestanden gilt, und so namentlich auch für die Entscheidung der Frage, welche Folgen der Sache entsprechend mit dem Ausbleiben der einen oder anderen ordnungsmäßig geladenen Partei von dem zur Ablegung des Eides peremtorisch gesetzten Termine dann zu verbinden sind, wenn das Gesetz selbst, wie dieß eben im römischen und canonischen Processe der Fall ist [101]), darüber keine ausdrückliche Bestimmung trifft. Dieses Nichterscheinen als Leistung oder Nichtleistung des Eides, sonach als Herstellung des Beweises über die zu beschwörende Thatsache oder deren Gegenteil zu behandeln, geht offenbar nicht an, das wäre leere, grundlose Fiction, dasselbe aber als ein Verhalten der Partei zu behandeln, durch welches die zu beschwörende Thatsache oder deren Gegenteil als des Beweises

---

partei, sondern wesentlich mit im öffentlichen Interesse entstanden und gebraucht, das Verhandlungsprincip hat daher über dieselben keine Macht.

[99]) S. Schmid l. c. II. § 169. zu Note 31; Bayer l. c. S. 908; Wetzell l. c. S. 232. Rücksichtlich des römischen juramentum in jure delatum, das niemals Beweiseid, sondern immer nur Vergleichseid ist, ist dieß allerdings vollkommen zutreffend, s. Zimmern l. c. § 127 zu Note 8; Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 579.

[100]) Demgemäß drückt sich auch Endemann Civilproc. § 203. II. B. anders aus, er sagt: „Ganz gleichen Effect, wie die wirkliche Ableistung hat der Erlaß des Eides von Seiten des Deferenten oder Referenten."

[101]) Daß die von Schmid l. c. II. § 169. Note 26. 27. 28 u. A. bezogenen Stellen die Frage nicht unmittelbar entscheiden, ergibt ihr Wortlaut.

nicht bedürftig hingestellt wird, erscheint aus dem Grunde berechtigt, weil ein solches Verhalten ganz wol auch in einer processualischen Unterlassung bestehen, das Geständniß eben auch ein stillschweigendes, vermutetes sein kann. Bleibt also diejenige Partei aus, welche den Eid ablegen soll, so ist das Gegenteil des zu Beschwörenden als außer Streit gestellt, des Beweises nicht bedürftig, oder wie man es kurz bezeichnen kann, als zugestanden zu betrachten, bleibt aber der Gegner derselben aus, so muß mit Rücksicht auf die dem Delaten auch nach kanon. Rechte zustehende Befugniß, vom Deferenten den Calumnieneid zu fordern, unterschieden werden, ob der Eid vom Delaten oder Relaten abzulegen ist. Im ersteren Falle kommt es weiter darauf an, ob der zur Eidesleistung erschienene Delat die ihm zustehende Forderung des Calumnieneides von Seite des ausgebliebenen Gegners stellt oder nicht; thut er dieß, so muß die Folge des verweigerten Calumnieneides eintreten, der Eid somit als erlassen gelten, thut er dieß aber nicht, dann hat das Ausbleiben des Gegners (Deferenten) auf die Sache keinen Einfluß, die sich nunmehr nach der erfolgenden oder unterbleibenden Eidesleistung regelt. Dieß gilt auch im letzteren Falle, für welchen die erwähnte Befugniß eben nicht in Betracht kommt[102]).

Mit der Ablegung des Eides, deren ganzer Vorgang nach der allgemeinen Vorschrift (c. 11. X. de prob. 2. 19.) genau zu protocolliren ist, gelangt das Beweisverfahren zum Abschluße. Für eine Ausführung der durch dasselbe für oder gegen den Standpunkt der einen und der anderen Partei gewonnenen Ergebnisse liegt hier einerseits nach der Natur des möglichen Resultates kein Stoff vor und andererseits haben die Proceßparteien zu dießbezüglichen Deductionen schon früher (vor Erteilung der richterlichen Approbation, vor der Abname des Eides) Gelegenheit gebabt und können solche noch in den am Schluße des ganzen Verfahrens offenstehenden allegationes et disputationes wahrnehmen.

Von einer Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse oder einem dieser analogen Verfahren könnte hier allenfalls insoferne die Rede sein, als sich auch beim Schiedseide von dem Momente an, in welchem feststeht, wer den Eid zu leisten hat, bis zur wirklichen Ablegung desselben eine Gefahr ergeben kann, daß diese Eidesleistung z. B. durch Tod oder Eintritt der Eidesunfähigkeit des Schwurpflichtigen unmöglich wird und dadurch dieses Beweismittel der Partei in der That entgeht. Vor dem bezeichneten Momente kann eine derartige Beweisführung gar nicht in Betracht kommen; denn solange nicht bestimmt ist, wer wirklich zu schwören hat, läßt sich weder eine bestimmte Gefährdung dieses Beweismittels, noch eine zweckentsprechende Sicherung desselben denken. Ersteres nicht, weil jede das Leben oder die Eidesfähigkeit beider Teile, welche in einem künftigen oder bereits anhängigen Processe als Deferent oder Delat sich gegenüberstehen könnten, bedrohende Gefahr auch eine Gefährdung

---

[102]) Vgl. Schmid l. c. II. § 169; Bayer l. c. S. 977; Langenbeck l. c. S. 793; Renaud l. c. § 217. II.

dieses Beweismittels involviren würde und das Unternehmen einer Sicherung dagegen auf das Nemliche hinausliefe, als wollte man den A sichern, daß er gewiß künftig mit dem B überhaupt Proceß führen oder den begonnenen Proceß fortsetzen könne. Letzteres nicht, weil es zu solcher Sicherung, ganz abgesehen von der Notwendigkeit der richterlichen Approbation, der Ablegung des Eides vor Gericht u. dgl., der Abname zweier einander diametral entgegengesetzter Eide (vom künftigen Deferenten, damit dessen Eid für den Fall künftiger Relation und vom künftigen Delaten, damit der Eid desselben für den Fall der Acceptation zur Hand sei, wozu noch der Calumnieneid des Deferenten für den Fall, als Delat ihn forderte, käme) bedürfte, was doch jedesfalls ein besonders nach canon. Rechte absolut unzulässiges Gebahren mit Eiden wäre[103]). Aber auch in dem oben genannten Falle handelt es sich nicht um eine Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse oder etwas derselben Analoges. Denn zur Sicherung des Beweismittels des Schiedseides gegen den in solcher Weise drohenden Verlust reicht die einfache Beschleunigung der Eidesabname und die allfällige Verfügung, daß dieselbe durch einen Commissär oder requirirten Richter und außerhalb der Gerichtsstätte, etwa in der Wohnung des Schwurpflichtigen vollzogen werde, worum die betreffende Partei unter Darlegung der die Gefahr begründenden Umstände anzusuchen hätte, vollkommen aus, und daß dieß nicht einmal als ein der Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse analoges Verfahren bezeichnet zu werden verdient, fällt wol von selbst auf[104]).

Dagegen bedarf die Frage einer näheren Erörterung, welchen Einfluß auf das eben vor dem Abschluße stehende Beweisverfahren es hat, wenn nach dem oben bezeichneten Momente sich nicht bloß die Gefahr des Todes oder der Eidesunfähigkeit des Schwurpflichtigen ergibt, sondern diese Thatsache selbst eintritt? Im römischen Rechte ist eben „mit Rücksicht auf den möglichen Todesfall" durch l. 12. pr. u. § 1. C. h. t. (4. 1.) sowol bezüglich des Schiedseides, als des not-

---

[103]) Aehnliches ist wol auch gemeint, wenn als Grund der Ausschließung des Beweises zum ewigen Gedächtnisse bei der Eidesdelation hervorgehoben wird: weil letztere nicht „ein Beweismittel ist, von dem sich auch schon früher, als an der ordnungsmäßigen Stelle des Verfahrens, Gebrauch machen läßt" (Schmid l. c. II. § 120. S. 159.) oder: weil dieselbe ein Beweismittel ist, welches „seiner Natur nach vor anhängig gewordener Streitsache und vor dem eingeleiteten Beweisverfahren nicht in dem Maße gebraucht werden kann, daß der dadurch zu gewinnende Beweisgrund für den Producenten in der That gesichert wird". (Langenbeck l. c. S. 909.). Dagegen dürfte in der von Bayer l. c. S. 786 hervorgehobenen und sodann auch von Langenbeck l. c. S. 910 angeführten Begründung: „da nach allgemeinen Proceßgrundsätzen Niemand verpflichtet ist, außer der Ordnung des Verfahrens oder wol gar schon vor dem Beginne des Rechtsstreites einer arctatorischen Ladung zur Erklärung über eine beliebige Eidesdelation Folge zu leisten," — wol eine petitio principii zu erblicken sein.

[104]) Unter diesen Gesichtspunkt, nicht aber unter den einer Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse fällt auch die in l. 12. pr. u. § 1. C. h. t. (4. 1.) getroffene Anordnung, daß der Eid, auf welchen der Richter erkannt hat, sofort und ohne die Entscheidung über die dagegen eingelegte Provocation abzuwarten, geleistet werden solle. S. jedoch Schmid l. c. II. § 120. Note 29; Langenbeck l. c. S. 909. Note a.

wendigen Eides ausdrücklich angeordnet, daß der Eid sogleich geschworen werde[105]) und im canonischen Processe ist daran, wie schon oben hervorgehoben wurde, so streng festgehalten, daß ein Hinausschieben der wirklichen Eidesleistung auf einen besonderen Termin nach erfolgter Annahme oder Relation nur über besonders begründetes Begehren Platz greift. Darnach ist es sehr erklärlich, daß eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung über obige Frage nicht vorliegt. Allein die Erwägung, daß es doch unbillig und hart wäre, wenn die Partei, welche zur Führung ihres Beweises den Schiedseid verwendete, durch einen solchen Fall nunmehr knapp vor der Entscheidung über das Resultat ihrer Beweisführungsthätigkeit dieses ihres Beweismittels, vielleicht, ja wahrscheinlich des einzigen oder letzten, das ihr überhaupt zu Gebote stand, gänzlich beraubt würde, führte in der älteren Theorie zu der Ansicht, daß in solchem Falle die bis zur Acceptation oder Relation des Eides gediehene Beweisführung der Partei keineswegs resultatlos bleiben müsse, daß vielmehr aus gewichtigen, der Natur der Sache entnommenen Vermutungen und Gründen der Eid überhaupt, oder doch unter gewissen Einschränkungen als geleistet zu gelten habe, oder daß doch wenigstens die Erben des Schwurpflichtigen mit ihrem Eide an die Stelle desselben einzutreten berechtigt und verpflichtet seien[106]). Daß dieß auch in der Praxis Eingang gefunden und Wurzel gefaßt habe, liegt bei einer so verbreiteten und vorherrschenden Lehre zu nahe, als daß es bezweifelt werden könnte[107]). In der heutigen Doctrin ist jedoch nahezu allgemein anerkannt, daß alle jene Gründe und Vermutungen durchaus nicht hinreichend sind, um einen in der That nicht geleisteten Beweiseid als geschworen zu betrachten oder auch nur den Eintritt der Erben an die Stelle des Schwurpflichtigen zu rechtfertigen[108]) und dieß ist auch speciell in Bezug auf den canonischen Proceß festzuhalten. Mag immerhin der schon von den alten italienischen Juristen hier aufgestellte Grundsatz: „Nemo moriens immemor censetur aeternae salutis“ jenem religiösen Gefühle entspringen, welches bei Behandlung des Eides über-

---

[105]) Vgl. Zimmern l. c. § 150; Bethmann-Hollweg l. c. III. S. 288.

[106]) Was durch die Grundsätze: „mors vim juramenti habet“ oder „mortem loco jurisjurandi esse“ oder „mors non minorem fidem, quam corporale juramentum meretur“ ausgedrückt wurde. S. die Nachweise bei Lindelof im Arch. f. civil. Prax. Bd. 4. S. 424 u. ff.; Endemann Beweislehre § 123; Zimmermann Glaubenseid. S. 381 u. ff.; Schmid l. c. II. § 169. S. 380 u. ff.; Renaud im Archiv f. civil. Prax. Bd. 42 S. 192. Note 78 u. ff.

[107]) Damit ist selbstverständlich noch kein fester und allgemeiner Gerichtsgebrauch nachgewiesen, der sich zur Stütze für die Behauptung gemeinrechtlicher Geltung der erwähnten Grundsätze eignen könnte, wie Renaud l. c. S. 193. Note 84 u. Civilproc. § 130. Note 21 gegen Wetzell l. c. S. 232 bemerkt.

[108]) S. Bayer l. c. S. 908. 909; Langenbeck l. c. S. 793. 794; Endemann Beweislehre § 123 u. Civilproc. § 202. III.; Schütze in der Zeitschr. f. Civil. u. Proc. N. F. Bd 22. S. 13 u. ff., namentlich S. 70. 71; Renaud im cit. Arch. f. civil. Prax. Bd. 42. S. 190 u. ff. u. Lehrb. des Civilproc. § 130. Dagegen noch Wetzell (2. Aufl.) S. 232.

haupt nie ganz außer Anschlag bleiben kann, so kann ihm doch selbst vom religiösesten oder kirchlichsten Standpunkte aus wenigstens nicht die Macht beigemessen werden, ein bestimmtes Beweisresultat dort hinzustellen, wo feststeht, daß das zur Erzielung desselben unternommene Beweisverfahren zu einem Resultate nicht gediehen ist. Das canonische Recht[109]) will allerdings, „ne probandi copia fortuitis casibus subtrahatur“ und sucht nach Mitteln, dem abzuhelfen; daß es aber ein hiezu geeignetes Mittel in der einfachen Annahme jenes Beweisresultates, dessen Herstellung eben unmöglich geworden ist, erblickt, dafür bietet es doch warlich nicht den mindesten Anhaltspunkt[110]). Im Gegenteile: es sucht solche Abhilfe auch zu dem ausdrücklich hervorgehobenen höheren Zwecke: „ne veritas occultetur“ und daß, wenn man einen thatsächlich nicht abgelegten Beweiseid, sei es nun ohneweiters oder unter was immer für Einschränkungen als geleistet annimmt, die betonte Gefahr eher erhöht, als vermindert würde, fällt von selbst auf. Auch von einem Eintritte der Erben an die Stelle des Schwurpflichtigen in dem besprochenen Falle kann nach canonischem Rechte nicht die Rede sein; denn darin läge doch offenbar ein Ersatz des eigentlich zu leistenden Eides durch ein andern oder doch des Eides des Delaten, resp. Relaten durch den Eid seiner Rechtsnachfolger und daß ein solcher Ersatz eben nicht zulässig ist, wurde bereits oben ausgeführt. Es kann daher im canonischen Processe nur dasjenige gelten, was sich in dem erörterten Falle als die natürliche Folge der bezüglichen Thatsache ergibt, nemlich, daß die mit der Eidesdelation unternommene Beweisführung resultatlos bleibt, für den Proceß also wegfällt, das Beweismittel wirklich verloren geht, und es stellt sich die weitere Behandlung der Sache im Wesentlichen ebenso, wie wenn der gleiche Fall bei einem andern Beweismittel sich ergibt, wenn z. B. der Zeuge in dem Momente, da er vernommen werden soll, stirbt u. dgl. Stehen dem Beweisführer noch andere Beweismittel zu Gebote[111]) und ist ihm ein peremtorischer Beweistermin gar nicht gesetzt oder der gesetzte noch nicht verstrichen, so kann er dieselben sofort zu neuerlicher Beweisführung verwenden; ist jedoch der gesetzte peremtorische Beweistermin bereits abgelaufen oder „probationibus omnibus renuntiatum“, so muß er sich auf dem Restitutionswege, für welchen im vorliegenden Falle meist ausreichende Begründung vorhanden sein wird, den Gebrauch derselben erwirken.

Daß übrigens der Schiedseid nach canonischem Rechte nicht bloß über eine im Processe des Beweises bedürftige Thatsache, sondern auch über das

---

[109]) c. 4. X. de conf. utili vel inut. (2. 30.)

[110]) Daß auch l. 12. pr. C. h. t. (4. 1) nicht für, sondern vielmehr gegen die bekämpfte Ansicht spricht, haben schon Bayer l. c. S. 908 u. Renaud Lehrb. des GP. § 130 Note 22 sehr richtig hervorgehoben.

[111]) Daß dazu im geeigneten Falle auch die Eidesdelation an die Rechtsnachfolger des Delaten gehört, bedarf wol keiner weiteren Ausführung. S. dießfalls Schütze l. c. S. 54. 55.

streitige Rechtsverhältniß im Ganzen deferirt werden kann, wurde bereits im I. Abschn. 5. Cap. Nr. 3 hervorgehoben. Bei dieser letzteren Verwendung des Eides findet zwar das ganze hier dargestellte Verfahren sinngemäße Anwendung, dasselbe fällt jedoch da nicht unter den Begriff des Beweisverfahrens und kommt daher hier nicht weiter in Betracht.

β.) Beim notwendigen Eide.

Wo der Eid zur Herstellung des der Partei obliegenden Beweises in der Art, wie im bisher Gesagten, verwendbar ist und benützt wird, da kann es gar nicht fraglich sein, daß die Heranziehung und Verwendung desselben zu dieser Beweisfunction wie der Gebrauch jedes andern Beweismittels, lediglich von dem Willen und der Initiative der beweispflichtigen Proceßpartei abhängt. Insoweit aber dem Eide der Partei die Beweiswirkung nur zuerkannt ist, wenn für das zu Beschwörende bereits ein auf anderem Wege erzielter Beweiseffect vorhanden ist, liegt die für die Verwendung desselben zunächst in Betracht kommende, dann aber auch für das ganze Verfahren mit demselben sehr wesentliche Frage, ob auch hier die Initiative der beweispflichtigen Partei entscheide, nicht so einfach. Allerdings ist es im Civilprocesse immer Sache der beweispflichtigen Partei, diejenigen Mittel aufzusuchen und vorzubringen, durch welche die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit der entscheidenden Thatsachen bewirkt werden soll und daran kann an und für sich betrachtet der Umstand, daß im concreten Falle solche Mittel schon gebraucht wurden, sich aber als ungenügend erwiesen, Nichts ändern. Allein die Verwendung des Eides in der hier zu erörternden Form hat zur Voraussetzung, daß die von der Partei in anderer Weise unternommene Beweisführungsthätigkeit zwar eine immerhin erhebliche, aber doch nicht ausreichende Wirkung hervorgebracht habe und ob diese Voraussetzung im concreten Falle wirklich vorhanden sei, darüber kann sich die Partei auch in einem mit noch so vielen gesetzlichen Beweisregeln ausgestatteten Proceßsysteme kein absolut sicheres Urteil bilden. Denn die Prüfung und Feststellung des Beweisresultates liegt ja doch unter allen Umständen in den Händen des Richters und somit ist auch die erwähnte Voraussetzung der fraglichen Verwendung des Eides nur durch seine, sei es nun freie oder (durch Beweisregeln) gebundene Beurteilung bestimmbar. Nun hat freilich die Partei im Processe gar Manches (so z. B. in dem des Beweisinterlocutes ermangelnden canonischen Processe gleich die so wesentliche Frage der Beweislast) selbstständig zu beurteilen und es ist ihr Schade, wenn sich dieses ihr Urteil dann bei Entscheidung der Sache als gefehlt herausstellt; wenn sie aber dadurch, daß die hier in Rede stehende Verwendung des Eides von dem Anbieten desselben abhängig gemacht würde, immer auch zu sorgsamer Prüfung jedwedes von ihr schon anderweitig erzielten Beweisresultates verhalten wäre, damit ihr im Unzureichungsfalle die doch regelmäßig leicht verfügbare Abhilfe durch Anbieten des eigenen Eides nicht entgehe, so wäre sie wol in den meisten Fällen schon

vorsichtshalber zu diesem Erbieten genötigt und wenngleich letzteres von der wirklichen Ablegung des Eides noch weit entfernt ist, so könnte doch schon dieß sicherlich nicht als eine auf das wirkliche Bedürfniß beschränkte Anwendung des Eides im Processe bezeichnet werden. Das canonische Recht wenigstens hat diesen Weg nicht eingeschlagen, sondern ebenso, wie das römische Recht[1]) dem Richter, welcher im concreten Falle zu beurteilen hat, ob das bereits vorliegende Beweisergebniß derart ist, daß der Eid der beweisführenden Partei zur Beweiswirkung verwendet werden kann, auch die Heranziehung desselben frei und unabhängig von dem Anerbieten der Partei zugewiesen. Der Zusammenhang, in welchem c. 36. § 1. X. h. t. (2. 24.) den in dieser Art verwendbaren Eid erwähnt, stellt dieß als ganz zweifellos heraus. Durch die Wendung: „nisi judex" etc. ist die volle Freiheit des Richters in der Beurteilung, ob er den Eid in solcher Sachlage heranziehen solle, so energisch betont, daß an ein dießfälliges Gebundensein des Richters an den Parteiantrag gar nicht gedacht werden kann[2]). Trotzdem machten sich die oben angedeuteten dem Verhandlungsprincipe angehörigen Erwägungen so lebhaft geltend[3]), daß in der älteren Doctrin eine große Controverse[4]) darüber bestand, ob der notwendige Eid auch ohne entsprechenden Parteiantrag auferlegt werden könne oder nicht und obgleich gerade die Canonisten[5]) überwiegend auf der die Auflage ex officio verteidigenden Seite standen, so scheint doch in der Praxis der geistlichen Gerichte der Parteiantrag regelmäßig gestellt worden zu sein[6]). Dieses

---

[1]) l. 1. 31. D. h. t. (12. 2.); l. 3. C. de reb. cred. (4. 1.). S. Zimmern l. c. § 135. 150; Rudorff röm. Rechtsgesch. II. S. 255; Keller-Wach röm. Civilproc. S. 315; Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 585 III. S. 287; Endemann Beweislehre. § 135. 139; Busch im Arch. f. civil. Prax. Bd. 21. S. 195 u. ff.; Zimmermann Glaubenseid. § 9; Langenbeck l. c. S. 832 u. ff.; Nissen Gewissensvertretung. S. 27—29.

[2]) Vgl. Pillius l. c. p. 3. § 6. S. 57; Damasus l. c. tit. 56; Tancredus l. c. p. 3. tit. 5. § 6. S. 221; Durantis l. c. lib. II. part. 2. de iuram. delat. Nr. 11; Mascardus l. c. Vol. II. concl. 958 Nr. 47 u. ff.; Reiffenstuel l. c. II. 24. § 7. Nr. 165 u. ff.; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 4. Nr. 41. 42; J. H. Böhmer J. E. P. lib. II. tit. 24. § 69 u. ff.; Roßhirt canon. R. S. 607; v. Schulte Eheproc. S. 194; München l. c. I. S. 178. 181. Dagegen Menochius l. c. lib. II. cent. 5. cas. 464. Nr. 27—29; Gonzalez-Tellez l. c. Comment. ad c. 2. X. de prob. (2. 19.). Nr. 5—7; Bachmann Lehrb. des KR. III. § 407. Nr. III.

[3]) So führt z. B. Mascardus l. c. Vol. II. concl. 958. Nr. 46 als Grund der an der Notwendigkeit des Parteiantrages festhaltenden Ansicht an: „nam cum veniat (id juramentum) ad privatum commodum in supplementum probationis, non autem ad solemnitatem seu ordinem judicii, judex non debet illud deferre, nisi parte petente" etc.

[4]) S. Nachweise bei Mascardus l. c. Nr. 46. 47; Menochius l. c. cas. 464. Nr. 27; Muther Gewissensvertretung. S. 16. Note 1; Nissen l. c. S. 45; Zimmermann Glaubenseid. § 30; Endemann Beweislehre § 139.

[5]) S. oben Note 2 u. Endemann Beweislehre. S. 583. Note 5.

[6]) Gewönlich unmittelbar vor oder in Verbindung mit dem Begehren um conclusio in causa, s. Beilagen Nr. 67—74. Bemerkenswert ist die Art des Parteiantrags in Nr. 68

ausdrückliche Begehren der beweisführenden Partei, daß ihr „quatenus non plene probasset“ vom Richter der Eid „in supplementum probationis“ aufgetragen werde, ist nach canonischem Rechte zwar zulässig und kann einer besonders vorsichtig zu Werke gehenden Partei wichtig erscheinen, um den Richter auf die Verwendung dieses für ihre gesammte Beweisführung eventuell erforderlichen Mittels aufmerksam zu machen, aber ein Erforderniß dieser Verwendung ist der genannte Antrag nicht[7]). Ob nun hiernach auch gefordert werden könne, daß der Richter im geeigneten und erforderlichen Falle der Partei den Erfüllungs-, resp. Reinigungseid auferlege, ist eine Frage, welche mit der Forderung gesetzmäßiger und gewissenhafter Erfüllung des Richteramtes überhaupt zusammenfällt. Eben damit, daß das Letztere unter allen Umständen verlangt wird, erscheint auch das Erstere gefordert[8]), aber diese Forderung ist öffentlichrechtlicher, nicht privater Natur. Sie ist zwar auch, obwol weder ausschließlich, noch auch nur vorzugsweise, im Interesse der Proceßpartei gestellt und diese kann daher, wenn sie sich in ihrem im Processe geltendgemachten Rechte dadurch gekränkt erachtet, daß der Richter jener Forderung nicht entsprach, ebenso zur Appellation greifen, als wenn sie sich durch eine andere unrichtige Würdigung und Feststellung des Beweisresultates beschwert erachtet, aber von einem eigenen, bestimmten Anrechte[9]) der Partei auf den Erfüllungs- resp. Reinigungseid kann nicht gesprochen werden.

Die Verwendung des notwendigen Eides bildet sonach einen Bestandteil der dem Richter kraft seines Amtes unabhängig von jedwedem Parteiantrage obliegenden Beweisprüfung und daß dieß für das ganze Verfahren mit demselben maßgebend sein und dieses als ein von dem Verfahren mit einem von der Partei zu handhabenden Beweismittel wesentlich verschiedenes charakterisiren muß, fällt von selbst auf. Zuvörderst hat sich also der Richter klar zu machen, ob das aus der gesammten Proceßführung der Parteien für den Standpunkt der einen oder der andern resultirende Beweisergebniß[10]) derart ist, daß ihm

---

und die Beschwerde in Nr. 74, daß das jur. in suppl. prob. deferirt worden sei „etiam non petitum.“

[7]) So bemerkt auch für den gem. dtsch. Civilproc. Endemann Civilproc. § 223 ganz richtig: „es bedarf nicht einmal eines Antrags der Partei, obwol dieser im Ganzen selten ausbleiben wird .... Ueber den deshalbigen Antrag können sogar weitere Verhandlungen stattfinden.“ (Vgl. z. B. Nr. 69. 70. 72. 73 der Beilagen.). „Allein immer bleibt das Alles nur Anregung des Richteramtes“ ꝛc.

[8]) Insofern kann man die Auferlegung des notwendigen Eides nicht als ein bloßes „Notrecht“ des Richters (s. Schmid l. c. II. § 171. S. 410. Langenbeck l. c. S. 833) bezeichnen und ist es richtig, wenn Roßhirt l. c. S. 607. Note 1. nach c. 26 § 1. X. cit. bemerkt: „im canonischen Rechte ist der Richter verpflichtet, ihn (den Erfüllungseid) zu gebrauchen.“ Vgl. Mascardus l. c. Vol. II. concl. 958. Nr. 2; Gonzalez-Tellez l. c. Comment. ad c. 2. X. 2. 19. Nr. 6; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 4. Nr. 42; München l. c. I. S. 181; Schulte Eheproc. S. 194.

[9]) Vgl. Endemann Beweislehre S. 583.

[10]) Ein solches, nicht aber Vermutung im strengen, juristischen Sinne ist mit dem

die Entkräftung desselben durch den Eid der Gegenpartei oder derart, daß ihm die Anerkennung der Beweiswirkung des Eides der Partei selbst, für welche es spricht, angemessen und erforderlich erscheint. Einen festen und sicheren Maßstab gewährt dem Richter das canonische Recht hiefür nicht. Nur die Theorie[11]) ist hier zu einer formellen Fixirung bestimmter, durch die möglichen Beweisergebnisse repräsentirter Beweisquoten und darnach allmälig zu dem auch in der Praxis der geistlichen Gerichte[12]) regelmäßig angewendeten Grundsatze gelangt, daß bei vorhandenem halben oder doch mehr, als halben Beweise der Eid, wie es der Kürze wegen bezeichnet werden mag, suppletorisch, dagegen bei weniger, als halben Beweise purgatorisch auferlegt werden solle. Da jedoch selbst die weitläufigste Casuistik zuverlässige Regeln darüber, was als halber, mehr oder weniger, als halber Beweis zu gelten habe, nicht zu liefern vermochte und auch die herangezogene Rücksicht auf die Wichtigkeit der Streitsache und auf die bessere Information oder sonstige Qualification der Parteien eine absolute und ausreichende Grundlage nicht darbot, so war damit in der Sache selbst nicht viel gewonnen und es blieb das in c. 36. § 1. X. h. t. (2. 24.) hiefür ausdrücklich und allein in Anspruch genommene richterliche Ermessen im Grunde doch immer das eigentlich Entscheidende[13]). Zur Auferlegung des Erfüllungs- wie des Reinigungseides kann es demnach immer erst am Schluße der Proceßführung, nachdem der Richter die gesammte Beweisführung der Parteien seiner Würdigung unterzogen hat, kommen und was die Form betrifft, in welcher der

---

„praesumptione vero faciente pro illo" in c. 36. § 1. X. h. t. (2. 24.) gemeint, wie schon der Gegensatz zu dem vorausgehenden: „si actor omnino in probatione defecerit" klar ergibt. Vgl. I. Teil. S. 58. 59.

[11]) Noch bei Pillius l. c. (oben Note 2.) ist von einer semiplena probatio nicht die Rede, er sagt nur: „. . . . prout judex perspexerit, defert sacramentum nunc actori, nunc reo, causa tamen cognita, ut ibi dicitur; ergo vel modicum pro eo oportet esse vel facere, cui a judice defertur sacramentum." Auch Damasus l. c. und der von mir edirte ordo judiciarius incerti auctoris (Innsbruck 1870.) S. 134 § 11. sprechen zwar von „si plene non interveniant probationes", resp. „cum enim neutra pars sufficientes habeat probationes", haben aber noch nicht den Begriff der semiplena probatio. Doch in der Glosse (ad l. 31. D. 12. 2. v. „exacto jurejur.", ad l. 3. C. 4. 1. v. „decidi oportet", vgl. mit Glosse ad c. 3. X. de procur. 1. 38. v. „clerici" u. ad c. 36. § 1. X. 2. 24. v. „in probatione"), bei Tancred l. c. u. Durantis l. c. Nr. 2 tritt dieser Begriff schon ganz entschieden hervor und ist fortan fast ausnamslos maßgebend. Vgl. die Citate oben Note 2 u. Schmid l. c. II. § 171; Bayer l. c. S. 912; Zimmermann l. c. § 30. Wetzell l. c. S. 250 u. ff.; Endemann Beweislehre § 136 u. Civilproc. § 204. II. A.; Langenbeck l. c. S. 833 u. ff.; Renaud l. c. § 142.

[12]) S. Beilagen Nr. 67 u. ff.

[13]) Vgl z. B. schon Menochius l. c. cas. 190. Nr. 3 u. ff.; Reiffenstuel l. c. II. 24. Nr. 176 u. ff. u. sehr treffend bemerkt Wetzell l. c. S. 252: „Alle diese Regeln lassen jedoch, so bestimmt sie zu sein scheinen, dem richterlichen Ermessen noch einen weiten Spielraum" und auch die Praxis des gem. dtsch. C. P. „betrachtet es als die nicht zu umgehende Aufgabe des Richters, das Maß des Beweises nach seiner Beschaffenheit künstlich zu bestimmen"; ähnlich Endemann Civilproc. § 204. zu Note 4.

Richter hier den Eid aufzutragen hat, so läßt sich zwar nicht verkennen, daß die im römischen Processe [14]) hiefür, wie für den Schiedseid geltende Form des bedingten Endurteils dieser Stellung des notwendigen Eides ganz entspricht, aber der canonische Proceß hat dieselbe nicht nur nicht gefordert, sondern scheint sie nicht einmal angenommen zu haben, da sowol die Doctrin [15]), als die Praxis [16]) nur auf einen einfachen richterlichen Befehl (mündlich oder schriftlich durch Decret, Interlocut u. dgl.), welchem die Endsentenz erst nachzufolgen hat, hinweisen. Die Bestimmung der Person, welche den Eid abzulegen hat, soweit dieselbe nicht schon mit der Parteienrolle selbst gegeben ist, ist hier ebenso, wie die Feststellung des Eidessatzes Sache des Richters und daß dieser einer Person, welche zu wirksamer Eidesleistung überhaupt unfähig ist, auch den Erfüllungs- oder Reinigungseid nicht auflegen kann, ergibt sich aus dem oben im I. Abschn. 5. Cap. Gesagten.

Die Art der Ablegung des Eides ist die gleiche, wie beim Schiedseide. Zurückschiebung ist hier durch die Natur des Eides ausgeschlossen; die Verpflichtung zur Leistung des so auferlegten Eides beruht nur formell auf dem Auftrage des Richters, materiell liegt der Grund derselben beim Erfüllungseide in der Verbindlichkeit der Partei zur Beweisführung, beim Reinigungseide im Civilprocesse ebenso, wie im Strafverfahren in der Verbindlichkeit, über gerichtlich erhobene Beschuldigung Rede zu stehen [17]), und deßhalb ist die Folge ausdrücklicher oder stillschweigender Verweigerung des auferlegten Eides nicht Anwendung von Zwangsmaßregeln gegen den sich Weigernden, sondern bei Verweigerung des Erfüllungseides Unwirksamkeit des anderweitig bereits erbrachten Beweiseffectes, der hier die Verwendung des Eides und Anerkennung seiner Beweiswirkung rechtfertigen sollte, bei Verweigerung des Reinigungseides volle Geltung der Beschuldigung, d. h. in Beziehung auf den Civilproceß und auf den Beweis von Thatsachen in demselben volle Kraft und Wirksamkeit des Beweisergebnisses, das zur Auflage dieses Eides bestimmte. Von einer Leistung

---

[14]) l. 11. C. de sent. et interl. (7. 45.). Vgl. Bethmann-Hollweg l. c. III. S. 288 u. dazu Endemann Beweislehre. S. 585. Note 19.

[15]) S. z. B. Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 9. Nr. 27. 28.; Schmalzgrueber l. c. III. 24. § 4. Nr. 55. 56; Reiffenstuel l. c. II. 24. § 7. Nr. 169. 170.

[16]) Das in Nr. 157 der Beilagen mitgeteilte Endurteil beruft sich ausdrücklich auf den vorher abgelegten Eid: „uiso juramento prestito per Antonium predictum ad delationem nostram.“ In Nr. 67—74 ibid. findet sich keine Spur eines bedingten Endurteils, wol aber setzt der Richter in Nr. 70 einen terminus ad declarandum darüber, ob er den angebotenen Erfüllungseid nach den dagegen erhobenen Einwendungen der Gegenpartei zulasse, oder auferlege oder nicht.

[17]) In dieser germanischen Auffassung des Rechtsstreites wurzelt eben die von Zimmermann Glaubenseid S. 226 hervorgehobene „germanische Rechtsansicht, daß der Beklagte durch die bloße, gegen ihn erhobene Klage oder Anklage verpflichtet werde, sich eidlich zu reinigen.“ S. Bethmann-Hollweg: Der Civilproc. des gem. R. in gesch. Entw. Bd. IV. § 11 u. ff.

des Eides durch Stellvertreter, von Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse oder einer Anname der Eidesleistung im Falle des Todes des Schwurpflichtigen kann hier noch weniger, als beim Schiedseide die Rede sein.

γ.) Beim Würderungs- oder Schätzungseide.

Da das canonische Recht, wie bereits oben im I. Abschn. 5. Cap. hervorgehoben wurde, über das juramentum in litem keinerlei selbstständige Anordnung enthält, so können auch für das Verfahren bei Verwendung desselben im canon. Processe nur die Bestimmungen des römischen Rechts, aus welchem diese Art der Eidesverwendung eben überhaupt herrührt, maßgebend sein. In der Darstellung dieser Bestimmungen ist nun freilich die mittelalterliche Doctrin [1]), natürlich auch unter Beteiligung der Canonisten [2]), auf sehr bedeutende Irrwege geraten, hat diesem Eide sowol rücksichtlich des durch denselben zu constatirenden Gegenstandes, als auch rücksichtlich des Gebietes seiner Anwendung eine dem römischen Rechte in der That fremde Ausdehnung gegeben und es kann wol kaum zweifelhaft sein, daß diese ausgedehntere Verwendung auch in der Praxis des canonischen Processes stattgefunden haben dürfte. Allein man kann diese abändernde, resp. ausdehnende Gestaltung des jur. in litem nicht als ein Resultat der „Ansicht des canonischen Rechts“ [3]) oder auch nur der practischen Handhabung desselben im canonischen Processe bezeichnen, weil im canonischen Rechte eine solche besondere Ansicht oder Auffassung hierüber gar nicht angedeutet, noch weniger ausgesprochen und eine von jener Theorie geleitete feste und constante Praxis im canonischen Processe nicht nachgewiesen ist. Daher kann ich, obgleich auch die späteren Canonisten [4]) bei Behandlung des jur. in litem immer die erwähnte Theorie vortragen, als für den canonischen Proceß geltend nur jene Bestimmungen erkennen, welche das römische Recht wirklich enthält, nicht aber jene, welche eine irrige doctrinelle Auffassung als solche darstellte.

Darnach ist der Partei, welche den Gegner auf Leistung des Interesse deßhalb belangt, weil dieser die ihm obliegende Leistung, namentlich die Restitution oder Exhibition einer Sache aus contumacia verweigert oder durch dolus oder lata culpa sich unmöglich gemacht hat, gestattet, den Betrag des ge-

---

[1]) S. darüber bes. Glück Pand. Bd. 12. S. 398 u. ff.; v. Schröter in der Ztschr. f. CivilR. u. Proc. Bd. 7. S. 356 u. ff.; Zimmermann l. c. § 32. 50; Endemann Beweislehre § 146 u. Civilproc. § 205. I; Vangerow Pand. I. § 171.

[2]) z. B. Innocenz IV., Hostiensis u. A., s. Zimmermann l. c. in den Noten. Die Canonisten waren aber für die Gestaltung der Lehre keineswegs ausschlaggebend und deßhalb läßt sich mit Endemann Civilproc. S. 814 wol nicht sagen, daß gerade „die Canonisten diesen Eid zu einer ganz besonderen Eidesart stempelten.“

[3]) Wie Roßhirt canon. R. S. 608 ohne jedweden Beleg behauptet.

[4]) S. Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 24. § 5; Reiffenstuel l. c. II. 24. § 1. Nr. 16 u. ff. Vgl. auch Mascardus l. c. Vol. II. concl. 955 Nr. 13 u. ff.; Menochius l. c. lib. II. cont. III. cas. 207. 208.

forderten Interesse oder doch (bei den nicht gerade auf Restitution oder Exhibition gerichteten Klagen) den für die Bestimmung dieses Interesse maßgebenden Wert der betreffenden Sache durch ihren eigenen Eid zu erhärten[5]). Soll es also im concreten Falle zur Verwendung dieses Eides kommen, so muß die Partei von der ihr so eingeräumten Berechtigung, auf welche sie ja auch verzichten kann, so daß es dem Richter überlassen bleibt, das Quantitative ihres Anspruchs nach den auf anderem Wege von ihr gelieferten Grundlagen zu bestimmen, wirklich Gebrauch machen. Zu diesem Behufe kann sie entweder gleich von Vornherein den Antrag stellen, der Richter möge sie zu dem genannten Eide zulassen, also den Eid selbst anbieten, oder sie kann es darauf ankommen lassen, daß der Richter aus eigener Initiative ihr diesen Eid auferlege und dann denselben einfach annehmen und leisten. Da das jur. in litem der dazu berechtigten Partei nur Vorteil gewährt, so ergibt sich von selbst, daß eine rationelle Proceßführung im geeigneten Falle mit dem Antrage darauf gewiß nicht zurückhalten wird, allein so wenig der Richter selbst nach Constatirung der bezeichneten gesetzlichen Voraussetzungen dem gestellten Antrage gegenüber verpflichtet ist, den Eid nun wirklich aufzutragen und darnach zu erkennen[6]), ebenso wenig ist er in der Heranziehung dieses Eides auf den genannten Antrag angewiesen[7]). Die gesetzliche Zulassung dieses Eides ist nemlich nicht bloß eine der Partei rücksichtlich ihrer Beweispflicht, resp. der Beweiswirkung ihrer eigenen eidlichen Erklärung zur Bestrafung des gegnerischen Unrechts gewährte Begünstigung, sondern auch, ja nach römischem Rechte sogar in erster Linie ein dem Richter in die Hand gelegtes Mittel, sich in einer das vorgekommene Unrecht verdienter Strafe aussetzenden Weise die Grundlagen für die ihm kraft

---

[5]) D. de in litem jur. (12. 3.); C. tit. eod. (5. 53.). Vgl. darüber, wie über das ganze Folgende Zimmern l. c. § 135; Rudorff röm. Rgesch. II. S. 259; Keller-Wach röm. Civilproc. S. 315. 316; Bethmann-Hollweg l. c. II. S. 226. 242. 258. 289; Zimmermann l. c. § 10. 11; Vangerow Pand. I. § 171; Bayer l. c. § 273; Wetzell l. c. S. 265—267; Langenbeck l. c. S. 854. Note a; Endemann l. c. (oben Note 1.); Renaud l. c. § 140. Zu näherer Erklärung und Ergänzung des im Texte Gesagten muß allerdings auch hier hervorgehoben werden, daß sich das jur. in litem, wie es bei den stricti juris actiones (nicht auf Restitut. oder Exhibit., sondern auf Leistung einer best. S. gerichteten Klagen) vorkommt, von dem jur. in litem bei den act. arbitrariae und bonae fidei (Restitutions- und Exhibitionsklagen) dadurch unterscheidet, daß der Richter das erstere nur subsidiär, d. i. im Notfalle, wenn ihm die litis aestim. anders unmöglich ist, anwenden darf und daß sich dasselbe nicht auf die Feststellung des ganzen eingeklagten Interesse, sondern nur des derselben zu Grunde zu legenden Wertes der bezüglichen Sache bezieht; allein es scheint mir zu weit gegangen, deßhalb zu sagen, nur das letztere sei das jur. in litem „in seiner eigentümlichen Bedeutung" (Bayer l. c. S. 916 nach Schröter l. c. S. 383. 384.), das erstere sei ein jur. in litem „mit ganz anderer Natur" (Vangerow l. c. § 171. Anm. Nr. 2.). Wetzell l. c. erwähnt in der That das erstere gar nicht, hält es also offenbar gar nicht für ein wirkliches jur. in litem.

[6]) l. 4. § 2; l. 5. § 1. D. h. t. (12. 3.); l. 1. 4. 5. C. h. t. (5. 53.).

[7]) l. 4. § 1 u. 2. D. h. t. (12. 3.).

seines Amtes zufallende litis aestimatio zu verschaffen[8]). Deßhalb ist hier kein Gebiet für die Anwendung bloßer Consequenzen des Verhandlungsprincipes und hat der Richter auch nach dießfalls gestelltem Parteiantrage und beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen zu ermessen, ob in dem zur Verfügung stehenden Parteieneide eine zuverlässige Basis für die erforderliche quantitative Bestimmung im concreten Falle zu erblicken sei; daher steht es auch dem Richter frei, durch Feststellung eines Maximum den Betrag zu begrenzen, den der auferlegte Eid umfassen darf (d. i. den Eid cum oder sine taxatione aufzutragen) und aus dem gleichen Grunde ist er selbst nach Ablegung dieses Eides an das Ergebniß desselben nicht absolut gebunden, sondern kann auch darnach noch nicht bloß auf einen geringeren Betrag erkennen, sondern den Gegner auch ganz absolviren[9]).

Die Ingerenz des Richters auf das Verfahren mit dem jur. in litem geht somit noch wesentlich weiter, als beim notwendigen Eide und es bedarf darnach keiner weiteren Ausführung, daß auch hier der Richter den Eidessatz festzustellen, im erforderlichen Falle die Person, welche schwören soll, zu bestimmen, und daß die Ablegung des Eides selbst in der oben dargestellten Form vor sich zu gehen hat. Daß eine Verpflichtung der Partei, welcher das jur. in litem aufgetragen wurde, zur Leistung desselben nicht besteht, geht aus dem Gesagten gleichfalls schon hervor. Verweigert sie also die Ablegung, so hat sie sich dieses ihr eröffneten Weges zur Erfüllung der ihr obliegenden Beweisführungsverbindlichkeit begeben und muß es sich gefallen lassen, daß der Richter eben nur nach Zulänglichkeit der anderweitig von ihr gelieferten Nachweise über den Betrag des angesprochenen Interesse erkennt.

Für das juramentum Zenonianum bringt die mit dem jur. in litem im Wesentlichen gleiche Natur auch das wesentlich gleiche Verfahren bei Verwendung desselben, wie beim jur. in litem überhaupt mit sich. Im Verfahren äußert sich nur die Besonderheit, daß der Richter dasselbe ohne Begrenzung des zu beschwörenden Betrages nicht auferlegen darf[10]).

b.) Im Verfahren in Strafsachen.

In Bezug auf den Strafproceß wurde bereits im I. Abschn. 5. Cap. ausgeführt, daß das canonische Recht da den Eid in gar keiner selbstständigen Beweisfunction zuläßt und daß die Rolle, welche derselbe in dem für das canonische Strafverfahren allerdings sehr wichtigen Institute der purgatio canonica spielt, nicht dem Gebiete des Beweises angehört. Es kann daher auch von

---

[8]) l. 15. § 7. 9. D. quod vi aut clam. (43. 24.).

[9]) l. 4. § 2—4; l. 5. § 1. 2. D. h. t. (12. 3.); l. 18. pr. D. de dolo malo. (4. 3.); l. 3. § 2. D. ad exhib. (10. 4.).

[10]) Wie l. 9. C. unde vi. (8. 4.) u. c. 7. X. de his, quae vi. (1. 40.) übereinstimmend verordnen.

einem zur Entwicklung und Würdigung der Beweisgründe, die im Eide der Partei liegen könnten, bestimmten und erforderlichen Verfahren nicht die Rede sein; dasjenige Verfahren aber, welches beim Gebrauche des Eides zur purgatio canonica in Anwendung kommt [1]), bezweckt und bewirkt nicht die Ausführung von Beweisgründen und kommt daher hier auch nicht weiter in Betracht.

c.) Im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten.

Das Gebiet, auf welchem der Parteieneid in selbstständiger Beweisfunction hier zur Anwendung kommt, ist nach dem gleichfalls schon oben im I. Abschn. 5. Cap. Gesagten ein sehr beschränktes. Für die eigentlichen Hauptfragen dieses Verfahrens ist er ebenso wenig zugelassen, wie im Strafprocesse, nur bei den hier gewönlich oder doch häufig mit zur Erörterung und Entscheidung gelangenden, mehr untergeordneten Punkten kann er in allen Formen, wie im Civilprocesse Verwendung finden. Das Verfahren ist dann aber auch ganz das nemliche, wie es oben unter a.) für die einzelnen Arten dieser Eidesverwendung dargestellt wurde und nur der Umstand ist hier besonders hervorzuheben, daß es amtliche Obliegenheit des Richters ist, für genaue Einhaltung der Grenzen, innerhalb welcher diese Art der Beweisführung eben nur statthaft ist, zu sorgen.

---

6. Capitel.

Beim Indicienbeweise.

a.) Im Verfahren außer Strafsachen.

Die Thätigkeit, welche die Partei zu entfalten hat, wenn sie den ihr obliegenden Beweis einer Thatsache durch Indicien erbringen zu können glaubt, muß nach der Natur dieses Beweises zunächst in der Heranziehung und Feststellung der einzelnen Indicien bestehen. Ist ihr ein peremtorischer Beweistermin im Allgemeinen oder zur Erbringung dieses Beweises insbesondere gestellt, so muß sie dieß bei sonstiger Präclusion innerhalb dieses Termins, sonst kann sie es unbeschränkt bis zur conclusio in causa, resp. bis probationibus omnibus et allegationibus renuntiatum est, thun [2]). Die Art, wie sie dieß zu

---

[1]) S. die Darstellung desselben bei Hildenbrand l. c. § 40. 45 u. Mollitor l. c. S. 187. 188. Vgl. auch München l. c. I. S. 462 u. ff.

[2]) Das über den Beweistermin, resp. über Beweisanbietung oben im II. Abschn. 2.—3. Cap. Gesagte gilt selbstverständlich auch hier. Die Partei kann ihre Beweisführungsthätigkeit hier, wie dort mit dem Begehren eines solchen allgemeinen oder besonderen Beweistermines beginnen, derselbe ist in der Regel nicht sofort peremtorisch zu stellen, er kann verlängert und erst durch das Eingreifen des Richters peremtorisch gestellt werden. Die Partei kann aber auch ohne jedwedes Begehren eines Beweistermines (resp. ohne Beweisanbietung) sofort an die Vorlage oder Entwicklung des betreffenden Beweismittels gehen und ist dann in der Deduction

thun hat, bestimmt sich durch die Sache selbst. Sie muß die einzelnen Umstände oder Thatsachen, die sie eben als Indicien verwenden will, anführen, resp. aus dem schon vorliegenden Materiale herausheben und soweit dieselben nicht schon feststehen, den Beweis derselben unternehmen und herstellen. Etwas Besonderes, von den allgemeinen Grundsätzen des Beweisverfahrens Abweichendes läßt sich für diese Beweisführung weder aus der Natur der Sache, noch aus positiven gesetzlichen Bestimmungen deduciren; sie ist, wie bereits oben im I. Abschn. 6. Cap. unter Nr. 1. ausgeführt wurde, die natürliche Voraussetzung des Indicienbeweises, von diesem selbst aber wesentlich zu unterscheiden, sie ist mit den nemlichen Mitteln und in der gleichen Weise, wie jede andere Beweisführung zulässig [2]), muß aber auch, soll sie ihren Zweck erreichen, zu dem nemlichen Resultate (voller richterlicher Ueberzeugung) [3]) führen, wie jede andere Beweisführung. Nur die Relevanz und die davon abhängige Zulässigkeit dieser Beweisführung wird leichter und gewönlicher, als beim Unternehmen des Beweises einer für die Proceßsache selbst unmittelbar entscheidenden Thatsache einer durch vorgängige Darlegung, resp. Verhandlung zu liefernden Begründung bedürfen. Denn wenn der Umstand, dessen Beweis die Partei eben zum Zwecke des Indicienbeweises unternimmt, mit der durch letzteren zu erweisenden Thatsache in gar keinem Zusammenhange steht, auf die Existenz oder Nichtexistenz dieser also auch gar keinen Schluß zuläßt, so hätte der Richter eine solche Beweisführung ebenso, wie jedes andere irrelevante Vorgehen der Partei nicht bloß über Antrag des Gegners, sondern auch von Amtswegen zurückzuweisen und bei der Beschaffenheit des Schlußes, welchen das Indicium seiner Natur nach auf die eigentlich zu erweisende Thatsache nur zuläßt, ist es begreiflich, daß es hier weit öfter, als bei sonstigen einfacheren Beweisführungen zweifelhaft sein wird, ob die von der Partei der Beweisführung zunächst unterstellte Thatsache die zur Zulassung derselben erforderliche Erheblichkeit (also die Eigenschaft, als Indicium für die eigentlich zu erweisende relevante Thatsache zu wirken) besitzt. Doch folgt daraus auch andererseits, daß der Richter mit der Zurückweisung wegen Irrelevanz vorsichtig zu Werke gehen muß, da die Frage, ob und wieviel der Umstand, den

---

dieses und anderer Beweismittel an keinen bestimmten Termin gebunden bis zur erwähnten renuntiatio oder conclusio in causa, oder bis der Richter kraft seines Proceßleitungsamtes jede weitere Beweisführungsthätigkeit durch Stellung eines letzten peremtorischen Termins abschneidet.

[2]) Daß es hiebei auch zum Noteide kommen kann, versteht sich hiernach von selbst und wenn dieß, wie z. B. bei Langenbeck l. c. S. 199. 408 u. Renaud l. c. § 107, besonders hervorgehoben wird, so geschieht es wol nur zu dem Zwecke, um aufmerksam zu machen, daß beim Indicienbeweise somit „die Auflage eines doppelten Noteides möglich ist, nemlich eines solchen, der auf die Herstellung der Prämisse (der Indicien) und eines andern, der auf die processualisch relevante Thatsache sich bezieht."

[3]) Weder das von Langenbeck l. c. S. 408. Note a, S. 505 u. 506 Angeführte, noch die Bestimmungen der alten österr. Strafproceßordnung v. 29. Juli 1853 im § 282 können als wirkliche Ausnamen hievon bezeichnet werden.

die Partei zu erweisen unternimmt, als Indicium zu wirken vermag, bei der vereinzelten, abgesonderten Beurteilung desselben nicht immer schon sofort offenbar und klar sein kann, der Richter aber die Partei in ihrer Beweisführungsthätigkeit nicht beschränken darf [4]). Will die Partei unvollständige Beweisresultate, welche durch andere Beweismittel hinsichtlich des durch Indicien zu erweisenden Factums geliefert werden, zum Indicienbeweise mitverwenden, was nach dem im I. Abschn. Gesagten ja zulässig ist, so muß sie von den betreffenden Beweismitteln in der gewönlichen, durch das Verfahren bestimmten Weise Gebrauch machen und es folgt daraus, daß der Richter ein solches Beweismittel (z. B. bedenkliche, nicht ganz unfähige Zeugen oder mangelhafte Urkunden), wie übrigens bei den einzelnen Beweismitteln schon früher hervorgehoben wurde, nicht deßhalb zurückweisen darf, weil von Vornherein offenbar ist, daß durch dasselbe für sich allein der Beweis der bezüglichen Thatsache nicht erbracht werden kann.

Mit dem erörterten Vorgehen ist aber erst das Material für den intendirten Indicienbeweis beigebracht, dieser selbst ist damit noch keineswegs hergestellt [5]). Denn die beweisende Kraft, welche eben das Beweisverfahren zur Entfaltung und Erkenntniß bringen soll, liegt hier ja nicht allein in dem einzelnen Indicium, resp. in der aus demselben zu gewinnenden Schlußfolgerung, auch nicht in der Anzal derselben oder der mitherangezogenen, durch andere Beweismittel gebotenen unvollständigen Beweiswirkungen, sondern auch und vorzugsweise in jenem besonderen Zusammentreffen und Ineinandergreifen derselben, welches im I. Abschn. 6. Cap. näher charakterisirt wurde. Die Schlußfolgerung aus den einzelnen Indicien, die aufgesucht und festgestellt sind, macht der Richter allerdings von selbst und ebenso wenig bedarf es eines besonderen Impulses von Seite der beweisführenden Partei, um ihm die Zal der vorliegenden Indicien und etwa in Betracht kommenden unvollständigen Beweiseffecte zur Erkenntniß zu bringen. Wol aber bedarf es nunmehr erst der eigentlich entscheidenden Untersuchung, ob im concreten Falle jener enge, die Kraft der Einzelwirkung verstärkende Verband unter den als Indicien wirkenden Umständen wirklich besteht, welcher zur Herstellung dieses Beweises eben notwendig ist und da frägt es sich, ob diese Untersuchung als vorwiegend logische Operation dem Richter von Amtswegen obliegt, oder ob der bezeichnete Zusammenhang nun erst von der beweispflichtigen Partei noch dargelegt und nachgewiesen werden muß? An und für sich, d. i. ohne Rücksicht auf ein be-

[4]) Einen stricten Nachweis „der Concludenz der offerirten Beweisführung" oder „der Bündigkeit der Schlüsse" (vgl. Martin Vorles. II. S. 68. 286 u. Langenbeck l. c. S. 407. 410.) wird sonach der Richter im canon. Processe, wo es ja auch eines besonderen Offerirens der bestimmten Beweisführung nicht bedarf, nicht fordern dürfen.

[5]) Wer freilich den Indicienbeweis als einen indirecten Beweis betrachtet, muß die Herstellung desselben auch schon in dem erbrachten Beweise der einzelnen Indicien erblicken und kann daher auch ein selbstständiges Beweisverfahren für den Indicienbeweis nicht anerkennen. Das Gleiche gilt vom Standpunkte Heusler's l. c. S. 230. u. ff. Vgl. aber I. Abschn. 6. Cap. Note 28 u. die Ausführungen des Textes dazu.

stimmtes Proceßsystem betrachtet könnte es wol gar nicht zweifelhaft sein, daß die Darlegung dieses Zusammenhanges noch zu der der Partei obliegenden Beweisführung gehöre und sonach einen Bestandteil ihrer darauf gerichteten Thätigkeit zu bilden habe. Denn in dem fraglichen Zusammentreffen der vorliegenden Indicien, resp. Schlußfolgerungen steckt, wie gezeigt, der vorzüglichste Beweisgrund beim Indicienbeweise und sowie beim Gebrauche anderer Beweismittel die in denselben enthaltenen Beweisgründe durch die Thätigkeit der Partei zur Geltung zu bringen sind, so muß consequent auch diesen Beweisgrund die Partei entwickeln und dem Richter zur Würdigung vorlegen, u. z. unter der gleichen Beteiligung der Gegenpartei, wie sie dieser eben auch bei den anderen Beweismitteln durch das Beweisverfahren gesichert ist. Dieß kann freilich die beweisführende Partei, sowie die Gegenpartei durch bloße Deduction unter Berufung auf die Gesetze des Denkens und die Erfahrung thun und sowie im römischen Processe, so wird das überall, wo Indicienbeweis zulässig ist, mehr als jede andere Beweisführung „der zusammenhängenden Rede des Anwalts bedürfen“ [6]), aber deßhalb fällt dieß nicht schon unter den Gesichtspunkt der dem Richter von Amtswegen obliegenden Prüfung des Resultates der Beweisführung, also der schon zu Tage geförderten, entwickelten Beweisgründe, sondern ist und bleibt, wie es auch immer zu prästiren sein mag, noch Bestandteil der Beweisführung, dazu bestimmt, die Beweisgründe erst zur Entwicklung zu bringen.

Im canonischen Processe jedoch bildet die besprochene Darlegung des zur Beweiswirkung hier erforderlichen Zusammentreffens der als Indicien vorgelegten und festgestellten Umstände keinen notwendigen Bestandteil der der Partei obliegenden Beweisführung. Die beweisführende Partei *kann* sich mit der Feststellung der einzelnen Indicien begnügen und es dem Richter überlassen, wie die Schlußfolgerung aus dem einzelnen Indicium zu ziehen, so auch das Ineinandergreifen derselben zu untersuchen und zu prüfen, ob dadurch die zum Indicienbeweise erforderliche Intensität der Schlußfolgerungen wirklich geboten werde, und der Richter ist dazu auch ohne besondere Anregung der Partei kraft seines Amtes verpflichtet, nicht deßhalb, weil etwa im canonischen Processe die Auffassung bestünde, daß diese Untersuchung des Richters ein Teil der ihm von Amtswegen obliegenden Prüfung vorgelegter (durch das Beweisverfahren erbrachter) Beweisresultate sei, sondern deßhalb, weil dem Richter, wie bei allen anderen Beweisführungen, so auch hier durch das Verfahren eine ziemlich weitgehende Mitwirkung zur Eruirung und Klarlegung der Beweisgründe, die in einem von der Partei einmal vorgebrachten Beweismittel enthalten sind, zugewiesen ist. Sowie es beim Zeugenbeweise genügt, wenn der Beweisführer Zeugen „ad probandum“ überhaupt vorführt, ohne durch Vorlage von Artikeln genau anzugeben, über welche Thatsachen sie zu vernehmen sind, sowie er auch die Urkunde vollkommen wirksam produciren kann, ohne das durch dieselbe zu

[6]) Bumpt l. c. S. 344.

Erweisende genau zu bestimmen, auch bei der Delation des Schiedseides eine genaue Formulirung des Eidessatzes von Seite des Deferenten nicht gefordert wird, und sowie es in allen diesen Fällen Amtssache des Richters ist, auf Grundlage der vorgebrachten Klage, resp. Exceptio, der gestellten Positionen die an die producirten Zeugen zu richtenden Fragen u. s. f. festzustellen, also durch selbstständige Thätigkeit im Beweisverfahren die in dem producirten Beweismittel enthaltenen Beweisgründe zu ermitteln, so ist ihm auch beim Indicienbeweise erforderlichenfalls die selbstständige Ermittelung der in den vorgebrachten und festgestellten Indicien steckenden Beweisgründe, also namentlich auch des unter denselben bestehenden Zusammentreffens als amtliche Verpflichtung zugewiesen. Ja noch mehr: Wenn in dem gesammten, von den Parteien vorgebrachten Processmateriale Umstände vorliegen, welche in der That als Indicien für ein von der einen oder der anderen Partei zu erweisendes Factum wirken und einer besonderen Feststellung deßhalb nicht bedürfen, weil sie notorisch, eingestanden sind u. dgl., so kann nach der allgemeinen Stellung des Richters im canonischen Processe kein Zweifel obwalten, daß er diese Umstände und ihren Zusammenhang zu berücksichtigen und sonach die Frage eines durch dieselben für eine von der Partei zu erweisende Thatsache etwa bewirkten Indicienbeweises seiner Prüfung zu unterziehen hat selbst dann, wenn die betreffende Partei den Beweis dieser bestimmten Thatsache nicht insbesondere unternommen oder doch nicht alle diese Umstände besonders hervorgehoben und zum Behufe der ihr obliegenden Beweisführung erklärt hätte, daß durch dieselben der Beweis für die bestimmte Thatsache erbracht werde. Denn eine mit dem auch nach canon. Rechte im Civilprocesse geltenden Verhandlungsprincipe im Widerspruche stehende Heranziehung von Beweisen durch officielle Thätigkeit des Richters ist darin deßhalb nicht gelegen, weil die betreffenden Umstände ja von den Parteien vorgebracht sind und der Richter, der doch das Vorgebrachte vollständig zu würdigen hat, dieselben damit nur nach ihrer Beziehung zu der zu erweisenden Thatsache würdigt; was aber die zur Beweisführung jedesfalls erforderliche Thätigkeit der beweispflichtigen Partei betrifft, so liegt im canonischen Processe das Wesentliche derselben nicht in dem allgemeinen oder speciellen Anbieten des Beweises, sondern in der wirklichen Vorlage der Beweismittel, durch welche ein für sie erforderlicher Beweis erbracht werden kann und eben daran fehlt es in dem genannten Falle durchaus nicht, da sie ja die hier als Beweismittel fungirenden und einer besonderen Feststellung angenommenermaßen nicht bedürfenden Indicien wirklich, wenngleich ohne die (unwesentliche) Erklärung, damit einen ihr obliegenden Beweis erbringen zu wollen, vorgebracht hat. Auf diese Weise wäre also allerdings auch im Civilprocesse ein erbrachter Indicienbeweis denkbar, ohne daß die beweispflichtige Partei irgend welche besondere, auf die Herstellung desselben eigens gerichtete Thätigkeit entwickelt hätte.

Allein abgesehen davon, daß die letzterwähnte Constellation sich wol nur in den seltensten Fällen ergeben, ja daß es überhaupt ohne eine besondere, auf

die Feststellung wenigstens einzelner Indicien gerichtete Beweisführung nur äußerst selten abgehen wird, wird sich eine rationelle Proceßführung wol auch nur selten damit begnügen, bloß das Materiale zum intendirten Indicienbeweise zu liefern, und es darauf ankommen lassen, daß der Richter selbst alle vorliegenden Indicien sorgfältig zusammenstelle, das zur Beweiswirkung erforderliche Zusammentreffen derselben ohne jede weitere Anregung der Partei gründlich untersuche und prüfe. Denn sie *kann* doch auch jedesfalls nach Herbeischaffung und Erhärtung des gesammten, im vorliegenden Falle verwendbaren Indicienmateriales nunmehr erst an die Sichtung desselben, an die Entwicklung und Klarlegung jenes innigen Zusammenhanges desselben unter sich und mit der indicirten, zu erweisenden Thatsache herangehen, welchem sich die Ueberzeugung von der Wahrheit der letzteren nicht zu entziehen vermag, und je schwieriger dieß im concreten Falle sein mag, desto mehr wird sie sich, eben um das dennoch vorhandene Requisit des zu erbringenden Beweises der richterlichen Erkenntniß und Würdigung nicht entgehen zu lassen, dazu veranlaßt fühlen müssen; je fester und bündiger die zulässigen Schlüsse sind, je sicherer sie des Erfolges derselben zu sein glaubt, desto dringender wird sie sich dazu bestimmt finden. Ja wenn eine sorgfältige Proceßführung schon beim Gebrauche anderer Beweismittel die ihr im canon. Processe gebotene Gelegenheit zur Erörterung und Ausführung der Ergebnisse der unternommenen Beweisführung nur selten wird unbenützt lassen, obwol es sich da nur um die doch viel einfachere Frage handelt, ob durch die aufgenommenen Zeugenaussagen, durch die producirte Urkunde u. s. w. der intendirte Beweis hergestellt ist und die amtliche Verpflichtung des Richters zu selbstständiger Prüfung dessen auch ohne jedwede Anregung der Partei weit eclatanter ist, so wird sie sich hier zu den besprochenen Deductionen um so mehr bestimmt finden, als sie dadurch erst zeigen kann, daß der hauptsächlichste, eben in dem auszuführenden Zusammentreffen der Umstände liegende Beweisgrund wirklich vorhanden ist, und als das eine oder andere hiefür entscheidende Moment bei der complicirteren Natur dieses Beweises der Beachtung des Richters weit leichter entgehen könnte.

Zum Teile kann nun die beweisführende Partei zu diesen Ausführungen, welche sich ihr demnach in jedem Falle mindestens empfehlen, schon dann veranlaßt sein, wenn sie die einzelnen Indicien hervorhebt und sich zum Beweise derjenigen, die noch nicht feststehen, anschickt. Erhebt da der Gegner Einwendungen gegen die Relevanz einer solchen Beweisführung und erscheint dieselbe dem Richter in Folge dessen oder auch ohne derartige Einwendungen nach eigenem Ermessen zweifelhaft, so muß sie dieselbe begründen und wenn sie auch, wie schon oben bemerkt wurde, nicht gerade einen strengen Nachweis der Wesentlichkeit des betreffenden Umstandes, den sie eben als Indicium in's Auge faßt und zu erweisen sich anschickt, zu liefern braucht, so kann sie dieß doch nicht thun, ohne über das zum Indicienbeweise erforderliche Zusammenwirken desselben mit noch anderen vorliegenden Indicien so viel auszuführen, daß der

Richter den genannten Umstand und die darüber intendirte Beweisführung wenigstens nicht als unerheblich erkennt. Sie kann sich dazu auch aus freiem Antriebe bestimmt finden, eben um die Frage der Relevanz nicht erst auftauchen zu lassen und überhaupt schon bei den zur Erhärtung der einzelnen zu verwendenden Indicien unternommenen Beweisführungen Gelegenheit nehmen, das Ineinandergreifen und Zusammenwirken derselben an's Licht treten zu lassen. Doch eine sichere, umfassende und erschöpfende Darlegung des fraglichen Zusammenwirkens aller Indicien und der etwa mitverwendeten unvollständigen Beweisresultate ist der Natur der Sache nach erst möglich, wenn dieses gesammte Materiale vorliegt und feststeht, und dafür bietet der canonische Proceß den durchaus geeigneten Platz in den am Schluße des gesammten Verfahrens zulässigen **allegationes et disputationes.**

Dieses für einen sachgemäßen Abschluß der ganzen processualischen Thätigkeit der Parteien bestimmte Proceßstadium schafft der Partei, resp. ihrem Anwalte Gelegenheit zu einem Resumé der gesammten Proceßacte, zu einer zusammenfassenden, kritischen Erörterung der sämmtlichen Ergebnisse des Verfahrens, um daraus unter Anwendung der in dem verhandelten Falle entscheidenden Rechtsnormen die Bewährung des eigenen Parteistandpunktes als das Gesammtresultat des Processes zu constatiren[7]). In den Zusammenhang dieser abschließenden Erörterungen gehören nun offenbar auch jene Ausführungen der Partei, resp. ihres Vertreters, welche bei beabsichtigtem Indicienbeweise die Darlegung des zur Herstellung desselben erforderlichen Zusammentreffens der als Indicien wirkenden Umstände bezwecken und es könnte nur allenfalls fraglich sein, ob nicht der Umstand, daß die erwähnten Ausführungen, wie bereits bemerkt, es erst mit der Entfaltung und Klarlegung des für den Indicienbeweis wesentlichsten Beweisgrundes zu thun haben, also noch einen Teil der eigentlichen Beweisführung bilden, wärend sich die Allegationen und Disputationen nur mit Erörterung und Verwertung der bereits erbrachten Resultate zu befassen haben, auch bewirkt, daß dieselben noch vor diesem Stadium der Allegationen geliefert werden müssen und an den etwa gestellten peremtorischen Beweistermin gebunden sind? Da jedoch der darin steckende Teil der Beweisführungsthätigkeit der Partei nur in Deductionen bestehen kann, welche in dem übrigen Inhalte der Allegationen und Disputationen eine wesentliche Förderung und Unterstützung finden können, da in demselben keinerlei neues Beweismateriale vorgebracht, sondern gleichfalls nur das in den Proceßacten bereits vorliegende, wenngleich nur speciell zum Zwecke des Indicienbeweises, geordnet und verwertet wird und da endlich auch in den Allegationen dem Gegner des Beweisführers volle Freiheit und Gelegenheit zur Beteiligung an den dießfälligen Ausführungen und an der Feststellung des durch dieselben zu Tage zu fördernden Beweisgrundes gewähret ist, so kann kein Zweifel obwalten, daß dieselben auch durch den Ablauf des etwa

---

[7]) Vgl. oben II. Abschn. 1. Cap. i. f. Note 19—21 u. Text dazu.

gestellten peremtorischen Beweistermins nicht plăcludirt sind und daß sie nicht bloß ihrem Inhalte, sondern auch der formellen Gestaltung des Verfahrens gemäß in das Bereich der Allegationen und Disputationen fallen. Die Partei also, welche den Indicienbeweis führt und das Zusammenwirken der sämmtlichen als Indicien verwendeten Umstände besonders auszuführen gedenkt, hat, sobald sie auch mit ihren sonstigen Proceßacten zu Ende ist, einen Termin für die Allegationen und Disputationen zu begehren, welcher nach Einvernehmung des Gegners in entsprechender Weise anzuordnen ist und in diesem hat sie, resp. ihr Anwalt sodann nebst der etwa beabsichtigten allgemeinen Erörterung der That- und der Rechtsfrage auch diese besonderen Ausführungen für den Indicienbeweis zu liefern. Dem Gegner steht es hiernach frei, in seiner Erwiderung auch auf die letzteren, soweit es ihm angemessen erscheint, einzugehen, sie anzugreifen, abzuschwächen, durch seine Gegendeductionen zu widerlegen, worüber sodann weitere Erörterung noch so lange statthat, bis der Abschluß der Allegationen und Disputationen selbst durch Renuntiation der Parteien oder Eingreifen des Richters erfolgt. Damit sind alle aus Indicien zu gewinnenden Beweisgründe in den allgemeinen Formen des Beweisverfahrens entwickelt und liegen dem Richter zur Prüfung und Würdigung vor.

b.) Im Verfahren in Strafsachen.

Die strafbare Handlung nach allen Richtungen hin zu erforschen und so insbesondere auch alle Umstände, welche zu derselben, zur Frage der Schuld oder Unschuld des Beschuldigten in Beziehung stehen und als Indicien wirken können, aufzusuchen, zu beachten und festzustellen, das darf wol als die hauptsächlichste Aufgabe des Richters im inquisitorischen Strafverfahren bezeichnet werden. Der Gedanke an die Eruirung und Verwertung von Indicien liegt im Grundcharakter des inquisitorischen Strafprocesses und die Herstellung des Beweises in demselben ist schon nach der Natur des Proceßgegenstandes und nach der regelmäßigen Haltung des Angeschuldigten zu großem Teile auf Indicien angewiesen. Die eigene Thätigkeit des letzteren darf zwar auch in dieser Richtung weder ausgeschlossen, noch beschränkt werden, aber für den Richter ist dieselbe weder notwendig, noch maßgebend, ja die Person des Angeschuldigten selbst und seine Haltung im Processe kann ein wesentliches Materiale für den Indicienbeweis bieten. Nähere Vorschriften für die Art der Heranziehung von Indicien hat das canon. Recht nicht und selbst die spätere Gliederung des ganzen Verfahrens in einen Informativ-, Offensiv- und Defensivproceß bildet kein eigentliches Hinderniß für den Richter, das Indicienmateriale sogleich dort zu sammeln und festzustellen, wo sich ihm dasselbe darbietet. Die allgemeine Anforderung sorgfältiger und erschöpfender Nachforschungen, gründlicher und gewissenhafter Prüfung und Benützung des Erhobenen zur Feststellung der Wahrheit involvirt die

gesammten Ansprüche, welche das Gesetz[1]) an das Verfahren des Richters auch in Bezug auf die Eruirung und Verwertung von Indicien insbesondere stellt. Selbstverständlich ist es hiebei, daß die für den Indicienbeweis notwendigen Erfordernisse durch die eigene officielle Thätigkeit des Richters constatirt werden müssen und daß die für das inquisitorische Verfahren und den Beweis in demselben überhaupt hervorgehobenen allgemeinen Grundsätze, wornach nicht bloß die gegen, sondern auch die für den Angeschuldigten sprechenden Beweise zu erheben und zu würdigen sind und demselben Alles, was gegen ihn vorliegt und namentlich zum Beweise gegen ihn verwendet werden soll, behufs Wahrung eines vollen, unverkürzten Verteidigungsrechtes genau und speciell mitgeteilt werden muß, auch für die Benützung von Indicien gelten. Der Richter hat also namentlich auch für den Beweis der einzelnen Indicien, deren Schlußfolgerungen in die Wahrheitsermittelung entscheidend eingreifen, zu sorgen, die dem Thatbestands- oder Schuldbeweise entgegenwirkenden, ihn abschwächenden Indicien mit der gleichen Sorgfalt und Gründlichkeit festzustellen und zu würdigen und muß dem Beschuldigten nicht bloß jeden einzelnen Umstand bekannt geben, der gegen ihn spricht und zum Beweise mitzuwirken geeignet ist, sondern ihm auch darlegen, in welcher Weise derselbe wirkt und auf welchem Grunde diese Wirkung beruht. Denn das canon. Recht will in diesem officiellen, auf „**veritatem diligentius perscrutari**“ gerichteten Verfahren doch sicherlich nicht bloß die von Zeugen etwa drohende „**infamandi et deponendi falsum audacia**“, sondern überhaupt jeden Vorgang ausschließen, welcher die Lage des Beschuldigten von welcher Seite und auf welche Art immer auf Kosten der Wahrheit benachteiligen könnte, und schon nach der allgemeinen Anordnung: „**debet igitur esse praesens is, contra quem facienda est inquisitio**“ will es nicht bloß formell wider die einzelnen „**capitula, de quibus fuerit inquirendum**“ die „**facultas defendendi se ipsum**“, sondern ein in das ganze Verfahren und namentlich in die Beweisführung eingreifendes, umfassendes Verteidigungsrecht gewähren.

Innerhalb der durch diese allgemeinen Grundsätze gezogenen Schranken ist die dem Richter durch seine Amtspflicht auferlegte Thätigkeit zur Eruirung und Benützung von Indicien sowie überhaupt Alles dessen, was für den Beweis, resp. die Wahrheitsermittelung von Bedeutung sein kann, frei und ist es nunmehr Sache der ihm gleichfalls obliegenden Prüfung des gesammten Beweismateriales, zu ermessen, inwieweit insbesondere durch die erhobenen und erörterten Indicien in ihrem Zusammenhange und unter allfälliger Verbindung mit anderweitigen unvollständigen Beweisresultaten ein Beweis erbracht sei.

c.) Im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten.

Die bereits wiederholt hier hervorgehobene, durch den Gegenstand des Verfahrens und der Entscheidung bestimmte Abgrenzung des officiellen Vorgehens

[1]) c. 11. C. 30. q. 5; c. 21. 24. X. de accus. (5. 1.); c. 31. X. de simon. (5. 3.).

des Richters von dem den Parteien obliegenden Proceßbetriebe gilt für die Beweisführung natürlich auch dann, wenn Indicien dazu verwendet werden. Nur wenn rein privatrechtliche Ansprüche mit in Frage stehen, welche sich auf selbstständige, von dem Thatbestande des Spirituellen verschiedene und unabhängige Thatsachen gründen, hat der Richter, wie den Beweis der letzteren überhaupt, so auch die Heranziehung und Erhärtung der dazu etwa verwendbaren Indicien von der betreffenden (beweispflichtigen) Partei zu gewärtigen; in allen übrigen Richtungen aber ist die Ermittelung, Feststellung und Verwertung von Indicien für den Beweis ebenso wie im Strafverfahren Amtspflicht des Richters, die er nach den unter b.) erwähnten Grundsätzen zu üben hat. Da nun nach dem unter a.) Gesagten der Richter auch rücksichtlich der eben bezeichneten Thatsachen jene Indicien, welche schon in den Proceßacten vorliegen und einer besonderen Feststellung nicht bedürfen, selbst dann berücksichtigen muß, wenn die Partei dieselben für die ihr obliegende Beweisführung nicht eigens geltendmacht und das zur Beweiskraft erforderliche Zusammenwirken der Indicien in jedem Falle auch ohne besondere Anregung der Partei zu untersuchen und zu prüfen hat, so ist hier die eigene Thätigkeit der Partei für den Indicienbeweis nur in einem verhältnißmäßig geringen Gebiete, nemlich nur dann erforderlich, wenn eine solche selbstständige Thatsache, auf die sich der geltendgemachte rein privatrechtliche Anspruch gründet, durch neu beizubringende oder selbst erst des Beweises bedürftige Indicien erwiesen werden soll, und in diesem Falle ist von der Partei ganz in der nemlichen Weise vorzugehen, wie oben unter a.) erörtert wurde.

---

7. Capitel.

Bei Verwendung verschiedener Beweismittel (zusammengesetzte Beweisführung).

a.) Im Verfahren außer Strafsachen.

Daß die Partei, welche den Beweis einer bestimmten Thatsache im Processe zu liefern hat, dazu auch mehrere, verschiedene Beweismittel, u. z. in der Weise verwenden darf, um die durch das eine Beweismittel voraussichtlich nur erreichbare ungenügende Beweiswirkung zu ergänzen und zu vervollständigen [1]), kann weder nach allgemein rationellen Gesichtspunkten, noch nach der positiven Gestaltung des Beweises im canon. Processe irgend welchem Bedenken unter-

---

[1]) Die Unterscheidung dessen von dem Gebrauche verschiedener Beweismittel auf Seite der nemlichen Partei zum Beweise verschiedener Thatsachen, sowie von dem im canon. Processe auch gestatteten successiven Gebrauche eines anderen Beweismittels, wenn das zuerst verwendete gar keinen Erfolg hatte, bedarf keiner weiteren Ausführung.

liegen. Denn in ersterer Beziehung ist wol klar, daß der Zweck des Beweises, die Ueberzeugung des Richters, durch verschiedenartige Beweisgründe zum Mindesten ebenso sicher bewirkt werden kann, als durch gleichartige und in letzterer Richtung wird, abgesehen vom Erfüllungseide, der Grundsatz des römischen Processes (l. 3. § 2. i. f. D. de test. 22. 5.): „non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim allegari debere, sed ex sententia animi tui te (judicem) aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris“ im canonischen Rechte[2]) wiederholt und ausdrücklich betont und ein durch die gemeinsame Wirkung verschiedener Beweismittel zu Stande gebrachter Beweis häufig genug[3]) erwähnt. Das Verfahren, welches in solchem Falle zur Herstellung des Beweises zu beobachten ist, hat im Allgemeinen nichts Eigenthümliches an sich, es besteht eben in einer Verbindung der bereits erörterten, durch die Natur der verschiedenen, in Verwendung kommenden Beweismittel bestimmten Arten der Beweisführung und diese Verbindung kann entweder in der Weise geschehen, daß die beweisführende Partei die verschiedenen Beweismittel successive, d. i. das eine nach dem andern und erst dann, wenn sie erkennt oder besorgt, daß das erste nur ein unvollständiges Resultat liefere, in der ihrer Beschaffenheit entsprechenden Form gebraucht, oder in der Art, daß sie dieselben gleichzeitig, d. i. das eine neben dem andern verwendet. Die im Sinne des Eventualprincipes liegende Ausschließung des ersteren und Anordnung des letzteren Weges kennt der canon. Proceß noch nicht, die Partei wird im concreten Falle denjenigen Weg einschlagen, der ihr durch die Umstände desselben nahegelegt wird. Kann sie von Vornherein wissen, daß das von ihr gebrauchte Beweismittel zu vollem Beweise nicht genügt, so wird sie bei rationellem Vorgange andere ihr noch zur Verfügung stehende Beweismittel gleichzeitig vorbringen, tritt aber das ungenügende Resultat wider ihr Erwarten erst nach Ausführung des einen Beweismittels hervor, so wird sie, wenn sie sich nicht schon aus Vorsicht zu gleichzeitigem Vorbringen bestimmt gefunden hat, erst darnach noch andere Beweismittel aufsuchen und wenn ihr solche zu Gebote stehen, von ihnen Gebrauch machen. Daß Beides innerhalb des peremtorischen Beweistermines, wenn ein solcher gestellt ist, sonst aber wenigstens bis zur conclusio in causa geschehen muß, versteht sich von selbst.

Zu einer besonderen Behandlung bietet diese zusammengesetzte Beweisführung nur Anlaß einmal wegen der für solche Cumulirung von Beweismitteln wol regelmäßig besonders in Betracht kommenden Relevanzfrage und sodann wegen der Nothwendigkeit näherer Charakterisirung der Art, wie das

---

[2]) c. 3. § 28. C. IV. q. 2 u. 3; c. 6. X. de renunc. (1. 9.); c. 14. X. de sent. et re jud. (2. 27.); cf. c. 32. X. de test. (2. 20.).

[3]) c. 3. § 30. C. IV. q. 2 u. 3. aus l. 2. 4. C. de test. (4. 20.); c. 13. X. de probat. (2. 19.); c. 27. 28. X. de test. (2. 20.); c. 6. 10. X. de fide instrum. (2. 22.); . 13. 14. X. de sent. et re jud. (2. 27.) u. a.

volle Beweisresultat hier zu Stande kommt. In ersterer Beziehung ist zwar der Richter auch im canon. Processe in seinem Proceßleitungsamte mit hinreichender Macht ausgestattet, jede übermäßige Cumulirung von Beweismitteln auf Antrag des Gegners oder von Amtswegen hintanzuhalten und die dießbezügliche gleichzeitige oder successive Verwendung verschiedener Beweismittel auf das genügende Maß zu beschränken in dem nemlichen Sinne, wie er ja auch ausdrücklich[4]) angewiesen ist, die übermäßige Zal der von einer Partei geführten Zeugen zu restringiren, doch nur unter der Voraussetzung, daß das Uebermäßige hierin offenbar, evident ist. So lange dieß noch zweifelhaft ist, darf der Richter die Freiheit der Partei in der Beibringung neuer Beweise nicht beengen und es muß daher zur Begründung der vom Gegner angefochtenen oder vom Richter beanständeten Relevanz weiterer Beweisführungen über eine Thatsache, für welche die Partei Beweismittel bereits vorgebracht oder ausgeführt hat, genügen, wenn die Partei in der Lage ist, das Uebermäßige derselben gegründetem Zweifel zu unterziehen. Daß dieß bei successiver Cumulirung, wo die Resultate der zunächst verwendeten Beweismittel bereits vorliegen, leichter und sicherer geschehen kann, als bei gleichzeitiger, bedarf keiner weiteren Bemerkung.

In letzterer Hinsicht aber ist hervorzuheben, daß nach allgemein rationeller Betrachtung die Zusammensetzung der einzelnen, von den verschiedenen Beweismitteln gelieferten, für sich allein unzureichenden Beweisresultate durchaus nicht den Charakter einer bloß arithmetischen Aufgabe hat. Die Wirkung des vollen Beweises (Ueberzeugung des Richters) wird auch hier nicht bloß durch die Kraft der vorliegenden einzelnen Beweisergebnisse, sondern auch und namentlich durch die in dem Zusammenwirken derselben, in der Unterstützung und Verstärkung des einen durch das andere liegende Ueberzeugungskraft gewonnen. Die Art, wie sich beim zusammengesetzten Beweise das Gesammtresultat bildet, ist, wie bereits im I. Abschn. 6. Cap. hervorgehoben wurde, ganz die nemliche, wie beim Indicienbeweise und es können daher nicht nur unvollständige Beweisergebnisse zur Herstellung des Indicienbeweises mitverwendet werden, sondern es steht auch im canonischen Processe insbesondere für Eruirung und Darlegung dieses zur Gesammtwirkung erforderlichen Zusammenhanges unter den verschiedenen bereits erbrachten unvollständigen Beweisresultaten das nemliche Verfahren zu Gebote, welches oben beim Indicienbeweise erörtert wurde. Die Partei *kann* dieß hier wie dort ganz dem Richter überlassen, der Umstand, daß sie darüber gar Nichts vorbringt, enthebt den Richter nicht der Verpflichtung, nach dem erwähnten Zusammenhange im concreten Falle zu forschen und ihn zu würdigen, aber es liegt, wenn schon aus keinem anderen Grunde, so doch, um jenes Zusammenwirken der Beachtung und Würdigung von Seite des Richters nicht

---

[4]) c. 36. 37. X. de test. et attest. (2. 20.); c. 2. in Clem. de V. S. (5. 11.). S. oben II. Abschn. 2. Cap. zu Note 49.

entgehen zu lassen, im Interesse einer sorgfältigen Proceßführung, in eine nähere Erörterung der einzelnen Beweisresultate und ihres für die Ueberzeugung von der Wahrheit des zu erweisenden Factums maßgebenden Ineinandergreifens einzugehen und dafür findet sie den geeigneten Platz in den allegationes et disputationes, welche eben zur Ausführung der Gesammtresultate des Processes eigens bestimmt sind. Daß nun dieses rationelle Wesen des zusammengesetzten Beweises im canonischen Processe keineswegs verkannt ist, aber vermöge der da herrschenden besonderen Auffassung der Beweiswürdigung überhaupt nicht zu ganz reinem und vollem Ausdrucke gelangt, wird sich im nächsten Abschnitte zeigen.

b.) Im Verfahren in Strafsachen.

Wo es auf Beachtung und Verwertung jedwedes für die Wahrheitsforschung irgend belangreichen Momentes so sehr ankommt, wie im inquisitorischen Strafprocesse, da findet natürlich auch der zusammengesetzte Beweis eine sehr häufige practische Verwendung. Sowie der Richter ein in seinen Erhebungen sich darbietendes Beweismittel deßhalb nicht unbeachtet lassen darf, weil von Vornherein feststeht, daß es zu einem vollständigen Beweiserfolge, sei es für, sei es gegen den Beschuldigten nicht ausreicht, ebenso darf er auch, wenn ein solch unzureichendes Ergebniß in der einen oder andern Richtung gewonnen ist, die Vervollständigung oder gänzliche Entkräftung desselben nicht außer Augen lassen, sondern muß unter geeigneter Heranziehung des von dem Vorliegenden jedesfalls vollkommen zu unterrichtenden Beschuldigten bemüht sein, durch weitere Nachforschung, sorgfältige Ergründung und Würdigung des Zusammenhanges u. s. f. zu dem einen oder andern Resultate zu gelangen. Bei dem unvollständigen Beweisergebnisse sich beruhigen und darnach dann mit der Entscheidung (Freisprechung oder Auferlegung der purgatio canonica, wenn das unzureichende Beweisresultat gegen den Beschuldigten vorliegt) vorgehen darf der Richter erst dann, wenn von weiteren Erhebungen ein Erfolg eben gar nicht mehr zu erwarten steht. Alles dieses ist jedoch kein dem Verfahren beim zusammengesetzten Beweise eigentümlicher Vorgang, sondern liegt im allgemeinen Charakter des inquisitorischen Strafverfahrens überhaupt und ist im canonischen Rechte durch die wenigen hier wiederholt erörterten allgemeinen Normen über dasselbe auch schon gefordert.

c.) Im Verfahren in spirituellen Angelegenheiten.

Wie der Beweis überhaupt, so muß natürlich auch die zusammengesetzte Beweisführung hier eine verschiedene Behandlung finden, je nachdem es sich um den Beweis einer vom Richter von Amtswegen zu erhebenden oder einer solchen Thatsache handelt, welche bloß zur Begründung eines hier mitzuentscheidenden privatrechtlichen Anspruches dient und daher von der Partei geltend

gemacht und bewieſen werden muß. Für erſtere iſt das unter b.), für letztere iſt das unter a.) erörterte Verfahren maßgebend. Das Charakteriſtiſche, das dieſe Proceßart auch für die zuſammengeſetzte Beweisführung ergibt, beſteht, wie im Weſentlichen bei allen anderen Arten der Beweisführung, eben nur darin, daß der Richter die hervorgehobene verſchiedene Bedeutung der zum Beweiſe ſtehenden Thatſache genau zu würdigen und darnach dann jenes Verfahren zu beobachten hat, welches durch dieſelbe gefordert erſcheint, ſo daß alſo die beiden principiell verſchiedenen Geſtaltungen der zuſammengeſetzten Beweisführung hier in dem nemlichen Proceſſe ganz wol zur Anwendung gelangen können.

III. Abschnitt.

Würdigung des Resultates der Beweisführung.

---

1. Capitel.

Beim Beweise durch den Augenschein.

Nach der besonderen Stellung, welche der Augenschein im canonischen Processe einnimmt, kann das Resultat desselben nur darin bestehen, daß der Richter die demselben unterstellte Thatsache darnach nun entweder wirklich als evident und somit als notorisch erkennt oder daß er zu dieser Erkenntniß nicht zu gelangen vermag; ein zwischen diesen Erfolgen liegendes Resultat ist nicht denkbar. Im ersteren Falle treten, u. z. im Civilprocesse, wie im Strafverfahren die Wirkungen der Notorietät ein, welche, soweit sie eben den Beweis betreffen, darin bestehen, daß das bezügliche Factum damit aus dem Gebiete des Beweises ausgeschieden ist und dem gerichtlichen Erkenntnisse ohneweiters zur Grundlage zu dienen hat [1]); im letzteren Falle dagegen ist constatirt, daß der Beweis des betreffenden Factums erst geliefert werden muß oder daß im Civilprocesse, wenn nach dem Stadium des Processes, in welchem der Augenschein vorgenommen wurde, weitere Beweisführungen nicht mehr zulässig sind (weil z. B. der etwa gestellte peremtorische Beweistermin bereits abgelaufen oder probationibus omnibus renuntiatum ist), diese Thatsache der richterlichen Entscheidung nicht zu Grunde gelegt werden kann. Daß das canonische Recht den Richter bei dieser Beurteilung an gar keine bestimmte Norm oder Regel bindet, sondern nur einige allgemein rationelle Anhaltspunkte für das hierin vollkommen freie Ermessen desselben gibt, ist bereits hier im I. (allgemeinen) Teile S. 53 hinreichend erörtert worden. Die von der Doctrin rücksichtlich der Notorietät oder der evidentia facti aufgestellten Unterscheidungen und Grund-

---

[1]) S. I. (allg.) Teil S. 47 u. ff.

sätze [1]) aber haben nie die Bedeutung von Regeln erlangt, welche diese Freiheit der richterlichen Beurteilung in der That aufgehoben oder eingeschränkt hätten. Bei dieser Auffassung kann wol von Gründen, welche der Constatirung der Evidenz, resp. Notorietät entgegenstehen, nicht aber von einem dem Beweise durch den Augenschein gegenüberstehenden Gegenbeweise die Rede sein.

---

2. Capitel.

Beim Zeugenbeweise.

Die mit Zeugen unternommene Beweisführung kann an und für sich betrachtet die mannigfaltigsten Resultate liefern. Von einem für die Ueberzeugung des Richters wenngleich nicht ganz belanglosen, so doch nur äußerst schwachen Ergebnisse bis hinauf zur unerschütterlichen Grundlage für menschliche Erkenntniß dessen, was wahr und wirklich ist, kann sich hier das Resultat bewegen [1]), und sowie der Richter gehalten ist, von jeder einzelnen Beweisführung das Ergebniß sorgfältig und gewissenhaft abzuwägen, so darf er auch bei der Prüfung des Gesammtresultates der von den Parteien im Civilprocesse geführten oder von ihm im Strafverfahren erhobenen Beweise kein einzelnes, wenngleich noch so geringes Ergebniß unbeachtet lassen. Gerade hier nun, in der Abwägung der aus der Zeugenaussage für die Wahrheit der bezeugten Thatsache resultirenden Gründe hat das canonische Recht den Richter an eine stricte Norm gebunden durch die für den Civil-, wie für den Strafproceß geltende Vorschrift [2]), daß der Richter auf die Aussage Eines, sei es auch noch so glaubwürdigen Zeugen allein niemals bauen soll, sondern daß es der übereinstimmenden Aussage mindestens zweier vollkommen tadelloser Zeugen bedarf, um sich in der Erkenntniß der Wahrheit der bezeugten Thatsache und sohin in dem davon abhängigen Urteile ohne Bedenken darauf zu verlassen. Im Allgemeinen ist wol

---

[1]) S. Tancredus l. c. p. 2. tit. 7. §. 1. p. 3. tit. 5. § 6; Durantis l. c. lib. 2. part. 1. de not. crim. § 1—8; Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1107—1112; Gonzalez-Tellez l. c. Comment. ad c. 14. X. de appell. (2. 28.); Reiffenstuel l. c. II. 19. § 2. Nr. 37 u. ff. II. 28. §. 11. Nr. 299 u. ff. V. 1. § 5. Nr. 246 u. ff; Scaccia l. c. lib. II. cap. 9. Nr. 24 u. ff; Menochius de arbit. jud. quaest. cas. 166; J. H. Böhmer l. c. lib. II. tit. 1. § 5 u. ff. lib. V. tit. 1. § 5 u. ff; Gollmann Theorie des Bew. im C. P. (Braunschweig 1822) S. 125 u. ff; Endemann Beweist. S. 73 u. ff; Langenbeck l. c. S. 150 u. ff; Wetzell l. c. S. 157 u. ff Neuestens die Inauguraldissertation von Const. Dziatko: doctr. juris. canon. de notorio etc. (Vratislav. 1872.), bes. §. 10 u. ff.

[1]) Vgl. Haimerl in s. österr. Vierteljahresschr. Bd. 2. S. 132. 133.

[2]) c. 3. § 38. C. 4. q. 2. u. 3; c. 8. C. 33. q. 2; c. 4. 5. 10. 23. 28. 47. X. h. t. (2. 20.).

zuzugeben, daß diese Regel nur einen wolbegründeten, rationellen Grundsatz enthält[3]), dessen innere Berechtigung ja auch schon im römischen Processe[4]) lange vor der dießfälligen, mit der erwähnten canonischen Norm noch keineswegs gleichbedeutenden[5]) Vorschrift Constantin's in l. 9. § 1. C. de test. (4. 20.) vollkommen anerkannt war und ebenso auch im deutschen Rechte klaren und bestimmten Ausdruck[6]) fand. Allein deßhalb darf doch nicht verkannt werden, daß für das canonische Recht nicht dieser Umstand, sondern vielmehr der dießbezügliche biblische Ausspruch[7]) das Maßgebende war und daß daher diese Regel hier in der That einen ganz eminent formellen Charakter[8]) hat. Die Ansicht von Hinschius (in den hier oft citirten „Beiträgen zur Lehre von der Eidesdelation." S. 93. 94.), daß „auch dieses Princip der Annahme einer reinen materiellen Beweistheorie (des canon. Rechts) schon an und für

---

[3]) S. Gonzalez-Tellez l. c. Comment. ad c. 10. X. 2. 20. Nr. 5, ad c. 23. X. eod. Nr. 5; Reiffenstuel l. c. II. 20. § 8. Nr. 231; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 20. § 3. Nr. 69; Globig l. c. I. S. 167 u. ff; Hinschius Beiträge z. Lehre v. d. Eidesdelation S. 93. 94. Nicht dagegen Best-Marquardsen l. c. § 58. 61. 355 u. ff; Endemann im Archiv f. civil. Praxis. Bd. 42. S. 270. 271; v. Bar Recht u. Beweis im Civilproc. (Leipzig 1867.) S. 20: „Freilich verdient ein völlig isolirt stehendes und nicht durch andere Umstände bestätigtes Zeugniß keinen Glauben und die Mehrzal der Zeugen gibt eine besonders starke Gewähr. Aber in jedem Falle fordern, daß mindestens zwei Zeugen jeden einzelnen in Betracht kommenden Vorgang bekunden, ist in der That ein Verlangen, dessen Widersinnigkeit am Besten aus den oft wiederholten Versuchen erhellt, principlos davon abzugehen."

[4]). S. Geib l. c. S. 338. 623. 624; Zumpt l. c. S. 371. Auf die dießbezügliche Haltung des berühmten Rechtslehrers Q. Scaevola und auf Stellen aus Quintilian und Seneca verweist schon Gonzalez-Tellez l. c. Comment. ad c. 23. X. 2. 20. Nr. 5. Vgl. auch Heusler l. c. S. 304—306.

[5]) Endemann Beweislehre S. 233 bezeichnet sie als eine „immerhin nur instruirende Vorschrift" und Wetzell l. c. S. 191 bemerkt trotz des Citates in Note 7 ibid., daß „die formelle Beschränkung auf diese Zal (2) nicht schon dem röm. R. angehört." Vgl. auch Gesterding Ausbeute I. S. 178. 179.

[6]) „Ein Zeuge ist einäuge". — „Wenn Einer Zeugniß gibt, das ist wie keiner, gut wie zehn." — „Durch zweier Zeugen Mund wird allerwärts die Wahrheit kund" und die übrigen bei Graf und Dietherr deutsche Rechtssprüchwörter (Nördlingen 1869) S. 455. 456 angeführten Sätze. Ueber die davon wesentlich verschiedene Bedeutung der Mehrzal im älteren deutschen Rechte s. Haenel Beweissystem des Sachsenspiegels. (Leipzig 1858.) S. 57. v. Bar l. c. S. 20; Planck d. dtsch. Gerichtsverf. im Mittelalter (Braunschweig 1879) II. § 113. 114.

[7]) Im 5. Buch Mosis. cap. 17. v. 6. cap. 19. v. 15; Math. cap. 18. v. 16. Joann. cap. 8. v. 17, worauf c. 4. u. 23. X. de test. et attest. (2. 20.) sich ausdrücklich berufen. Vgl. dictum Gratiani im Eingange der quaest. 4. C. 2. c. 5. C. 33. q. 2.

[8]) Hat es doch an Canonisten nicht gefehlt, welche diese Regel als eine Art Dogma oder doch als einen unabänderlichen Satz des jus divinum behandelten (s. Farinacius praxis crim. p. II. quaest. 63. Nr. 2. u. Fagnani Jus canon. II. 20. Comment. ad c. 23. X. h. t.) und gegen die Gonzalez-Tellez l. c. Comment. ad c. 23. X. h. t. 20. Nr. 5 sich ausführlich wendet; ebenso Reiffenstuel l. c. II. 20. § 8. Nr. 236 u. ff.

sich nicht widersprechend" sei[9]), geht daher zu weit und es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß die erwähnte Norm des canonischen Rechts eine stricte, den Richter ohne Rücksicht auf ihren inneren Wert absolut bindende Beweisregel ist, welche allein hinreicht, der in demselben herrschenden Beweistheorie den Charakter einer rein materiellen zu entziehen. Man wird da vielmehr Endemann beipflichten müssen, welcher (in seiner Beweislehre S. 234) diese Regel „recht eigentlich als einen Eckstein der gesetzlichen (d. i. formellen) Beweistheorie" bezeichnet[10]); denn in der That ist es diese Regel, welche durch ihren Inhalt auch bei einer auf innere, logische Gründe für die Wahrheitsermittelung abzielenden Beweisführung einen formellen Standpunkt ermöglicht und von welcher die ziffermäßige Bewertung jedes einzelnen Beweisresultates nicht bloß beim Zeugenbeweise, sondern analog sodann auch bei allen übrigen Beweisführungen ausgegangen ist[11]).

---

[9]) Wenn sich Hinschius dabei (l. c. S. 93. Note 4.) auf Roßhirt (Gesch. des Rechts. S. 188) beruft, so sei dem nur dessen Bemerkung in seinem „canon. Recht" (Schaffhausen. 1857) S. 599 gegenübergestellt: „Später erwog man, daß Christus Alles in die Zal zweier oder dreier Zeugen gesetzt hat", womit wol der rein formelle Standpunkt aufs Entschiedenste ausgesprochen ist.

[10]) Endemann und Hinschius stehen sich überhaupt in der Beurteilung der Beweistheorie des canon. Rechts am Schärfsten und principiell entgegen. Während Hinschius (in der cit. Schrift S. 82 u. ff.) auszuführen versucht, daß „der canon. Proceß wegen der Natur der ihm unterliegenden Streitigkeiten eine rein materielle Beweistheorie hatte und haben mußte" (S. 102), die Annahme des Systems der formellen Beweistheorie „für den canon. Proceß unmöglich war" (S. 88.), — sieht Endemann (Beweislehre S. 629 650.) durch „den Geist des canonischen Rechts" gerade die entgegengesetzte Richtung gewiesen. „Die Lehre der röm. Kirche erheischte mit innerster Notwendigkeit überall die unbedingte Herrschaft des positiven Gesetzes. Nicht bloß in den Dingen des religiösen Glaubens, in allen Gebieten des geistigen Lebens sollte das starre Dogma maßgebend sein" und „so forderte die höchste Ausbildung der canon. Rechtsidee zugleich die ausgedehnteste Vernichtung des freien Ermessens auch in der Beweisprüfung", d. h. die entschiedenste Annahme und Entfaltung der formellen Beweistheorie. — Wer möchte verkennen, daß beide Gesichtspunkte für die Charakterisirung der Beweistheorie des canon. Processes sehr wesentlich in Betracht kommen? Nur hat, soviel ich zu erkennen vermag und die nachfolgende Darstellung eben ergeben wird, keiner derselben so entschieden und ausschließlich durchgegriffen, daß die Entwicklung consequent nur in seiner Richtung erfolgt wäre. Der von Hinschius betonte Grund hat sicherlich mit verhindert, daß die von der Doctrin zu Tage geförderten detaillirteren Beweisregeln in die gesetzlichen Bestimmungen des canon. Rechts aufgenommen wurden, ja daß auch nur der Richter dieselben wirklich als ein Dogma betrachtet und wie eine dießfällige gesetzliche Bestimmung ohneweiters und immer zur practischen Anwendung gebracht hätte. Soviel aber muß an den Standpunkt Endemann's concedirt werden, daß das canon. Recht selbst schon einen sehr wesentlichen Schritt zur Etablirung der formellen Beweistheorie gethan hat und daß sich die ohne Beteiligung der canon. Gesetzgebung durch die Doctrin vollzogene Entwicklung derselben in gewissem Umfange auch in der Praxis des canon. Processes, wie die hier in den Beilagen Nr. 127 u. ff. 147 u. ff. mitgeteilten Gutachten und Urteile schon beweisen, festgesetzt hatte. S. dazu hier 1. Teil S. 125 u. ff.

[11]) Vgl. Durantis l. c. lib. II. part. 2 de probat. § 3. Nr. 28: „Si enim duo (testes) faciunt plenam, ergo unus semiplenam" nach der Glosse ad l. 3. C. de reb.

Das canonische Recht selbst zwar hat in einer gesetzlichen Bestimmung die an die besprochene Vorschrift anschließende Auffassung des für das richterliche Erkenntniß erforderlichen Beweises als eines Ganzen, welches eine Scheidung in zwei Hälften und darnach ein genau auf der Hälfte stehendes und ein über dieselbe hinausgehendes oder unter derselben zurückbleibendes Ergebniß zuläßt, niemals ausgesprochen. Aber in Doctrin und Praxis des Civil-, wie des Strafprocesses hat sich diese Auffassung mit solcher Macht und in solchem Umfange eingewurzelt und ausgebildet, daß die Beweisprüfung im Widerspruche mit ihrem ureigenen und niemals ganz vertilgbaren Wesen immer mehr in die Bahnen einer Art von arithmetischer Operation gedrängt wurde und dem canonischen Rechte fällt hiebei jedesfalls der Anteil zu, daß es in der erörterten, von ihm selbst formell gefaßten Vorschrift den eigentlichen Anstoß und Ausgangspunkt hiezu geliefert hat.

Wärend aber der Richter durch die ausdrückliche Bestimmung (in c. 23. X. h. t.): „nulla est . . . causa, quae unius testimonio, quamvis legitimo, terminetur“ rücksichtlich der Frage, ob weniger, als zwei Zeugen ein hinreichendes Ergebniß zu liefern vermögen, an die genannte Norm streng gebunden ist[11], scheint ihn das canon. Recht durch die besondere Hervorhebung, daß es causae gebe, „quae plures, quam duos exigant testes“ nach der andern Richtung hin, d. i. rücksichtlich der Frage, ob die übereinstimmende Aussage zweier Zeugen zu dem für das Erkenntniß erforderlichen Beweisresultate auch immer hinreiche, der Richter sich also damit auch stets zufrieden geben könne und müsse, nicht in gleicher Weise gebunden zu haben. Doch sowol aus dem biblischen Fundamente, auf welchem die besprochene Regel beruht, als auch aus der sonstigen Betonung und Behandlung derselben geht klar hervor, daß diese Hinweisung keineswegs den Sinn hat, als ob es damit dem Richter überlassen sei, zu ermessen, in welcher Rechtssache er bei Würdigung des Beweises über die Forderung zweier vollkommen tadelloser Zeugen noch hinausgehen dürfe und solle[12]), und als ob

---

cred. (4. 1.). v. „decidi oportet“, und das ist allgemein die Argumentation, durch welche der Begriff des halben Beweises ins Leben gerufen wurde. S. auch Grolmann l. c. § 83; Gönner Handbuch II. S. 340 u. ff; Haimerl l. c. S. 133. 134; Endemann Civilproc. § 182. II.

[12]) Die von der älteren Doctrin angeführten Ausnamen (s. dieselben bei Tancredus l. c. p. 3. tit. 7. i. f; Durantis l. c. lib. I. part. 4. de teste. § 11. Nr. 8 u. f. Farinacius prax. crim. p. II. quaest. 62. Nr. 18 u ff., worauf die Späteren zu verweisen) sind teils grundlos, teils betreffen sie nicht den Proceß. Die von den Neueren aufgestellten (s. dieselben bei Bayer l. c. § 245. ad B.) sind gleichfalls entweder unbegründet oder beruhen nicht auf dem canon. Rechte s. Wetzell l. c. S. 192. Note 74; Renaud l. c. § 111. Note 56.

[13]) Die Alternative des biblischen Ausspruches: „In ore duorum vel trium testium stat omne verbum“ ließe allerdings die (formelle) Auffassung zu, daß es schon darnach allgemein in das Ermessen des Richters gestellt sei, ob er im concreten Falle mit 2 Zeugen sich begnügen oder drei, also doch mehr, als zwei Zeugen fordern solle. Doch hat diese Auffassung

ein ungenügendes Beweisresultat, welches sich da aus der übereinstimmenden Aussage von bloß zwei Zeugen ergeben würde, der Grund sei, weßhalb diese „quaedam causae plures, quam duos, exigant testes", sondern daß damit nur auf jene Rechtssachen hingewiesen wird, in welchen nach besonderen (größtenteils materiellen), von dem Richter ja gleichfalls zu beobachtenden gesetzlichen Bestimmungen nicht wegen der Notwendigkeit eines die Kraft der übereinstimmenden Aussage zweier Zeugen noch übersteigenden Beweisresultates, sondern aus anderen, in der Natur der betreffenden Rechtssache gelegenen Gründen mehr, als zwei Zeugen gefordert sind [14]), und daß somit die obige Beweisregel dadurch in keiner Weise alterirt erscheint.

Ueber die genannte Vorschrift hinaus ist der Richter wenigstens durch Bestimmungen des canonischen Rechts nicht gebunden und es ist daher auch bei der Würdigung des Zeugenbeweises immer noch ein weiter Spielraum, welcher dem richterlichen Ermessen eingeräumt bleibt. Denn es fällt in denselben nicht bloß die Erwägung, welche Beweiskraft beim Bestande dieser Norm der Aussage nur Eines vollkommen tadellosen Zeugen beizumessen sei, sondern auch die Beurteilung, welcher Anteil der Aussage eines bedenklichen oder verdächtigen Zeugen an der Herstellung des Beweises zuerkannt werden solle, ob auch und durch wieviele Zeugen der letzteren Art allein der Beweis erbracht sei, welcher Einfluß den bei der Deposition der Aussage etwa gemachten Beobachtungen, der ganz oder zum Teile widersprechenden Aussage eines von der nemlichen Partei producirten Zeugen oder der von der Gegenpartei geführten Gegenzeugen oder anderen von der letzteren zum Zwecke des Gegenbeweises dargelegten Beweisgründen in der schließlichen Feststellung des Beweisresultates einzuräumen sei. Gewisse Grundsätze ergeben sich hiefür wol schon durch logische Schlußfolgerung aus der erörterten Regel und es leidet keinen Zweifel, daß durch diese der Richter ebenso gebunden ist, wie durch die Regel selbst. So der schon oben hervorgehobene Satz, daß der Richter, wenn es sich bloß um Zeugen handelt, den Beweis durch die Aussage nur Eines Zeugen ebenso wenig als

---

sowie sie dem Sinne der Stelle sicher nicht entspricht, so auch weder im canon. Rechte, noch in der Doctrin Platz gegriffen. Schon die Glosse erklärt ad c. 23. X. cit. v. duorum vel trium: „id est non paucorum, prout sequitur et sic affirmativa exponitur per negativam" u. man hielt dieselbe durch l. 12. D. de test. (22. 5.), worauf man sich stets berief, für ausgeschlossen. Wol aber wurde die Stelle (z. B. von Fagnani l. c. II. 20. ad c. 23. X. h. t. Nr. 7 u. ff.) so gefaßt, daß mehr, als drei Zeugen zu verlangen „manifeste contra jus divinum" sei.

[14]) S. Tancredus l. c. p. 3. tit. 7; Durantis l. c. lib. I. p. 4. de teste. § 11. Nr. 1—8; Farinacius prax. crim. p. II. quaest. 63. cap. 5. Nr. 232 u. ff.; Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 20. § 3. Nr. 68; Reiffenstuel l. c. II. 20. § 8. Nr. 234 u. ff., wo Nr. 239 schon ganz richtig bemerkt ist: „Deinde dictum illud procedit regulariter, limitatur tamen in casibus, ubi per leges humanas justis de causis seu ad praecavendum diversis fraudibus hominum plurium testimonium requiritur." Vgl. dazu Fagnani l. c.

hergestellt erkennen darf [15]), als er bloß zum Behufe der Beweiswirkung mehr, als zwei vollkommen tadellose Zeugen zu fordern berechtigt ist; weiters der Satz, daß er der wenngleich vollkommen übereinstimmenden Aussage von bloß zwei bedenklichen oder verdächtigen Zeugen die Wirkung der Beweisherstellung nicht beimessen kann. Daß für die Geltung und Anwendung dieser Consequenzen, wie der Regel selbst, das Verhältniß, in welchem der bezeugte Thatumstand zu anderen, im Processe gleichfalls in Betracht kommenden und zu erweisenden Thatsachen steht, irgendwie maßgebend sei, läßt sich weder aus der Natur der Sache, noch aus positiven gesetzlichen Bestimmungen deduciren. Die unvollständige Beweiswirkung, welche die Aussage nur Eines Zeugen hiernach ergibt, kann zwar durch andere, im canon. Rechte gleichfalls anerkannte Beweisgründe, wie z. B. durch Indicien, welche sich aus einem gewissen objectiven Zusammenhange immerhin auch ergeben können, und deren Gewicht zur Vervollständigung jener Beweiswirkung nach Lage des concreten Falles hinreichend sein kann, durch den Erfüllungseid u. dgl. vervollständiget werden, aber sie wird durch eine solche Beziehung an sich in keiner Weise alterirt. Wenn sich also auch mehrere Thatumstände, von denen jeder einzelne nur von Einem Zeugen bestätigt wird, sämmtlich auf den eigentlichen Gegenstand des Beweises beziehen, so daß die vereinzelt stehenden Aussagen einander gar nicht widersprechen, sondern vollkommen neben einander bestehen können, so kann deßhalb allein, weil eben diese Beziehung und vermöge derselben auch ein Zusammenhang unter den nur vereinzelt bezeugten Thatsachen selbst besteht und im Ganzen doch mehr, als zwei Zeugen vorliegen, der erforderliche Beweis noch keineswegs als hergestellt erkannt werden und es gehört daher die ganze, übrigens auch schon in der älteren Doctrin nicht unbestrittene [16]) Lehre von der **singularitas testium** und einer in den dahin gerechneten Fällen ausnamsweise auch durch die Aussage von nur vereinzelten Zeugen begründeten vollen Beweis-

---

[15]) Diese Folgerung hat, wie oben gezeigt, schon das canon. Recht selbst gezogen, was jedoch für ihre Geltung gar nicht entscheidend ist; sie kann allerdings so ausgedrückt werden, daß sonach Ein Zeuge nur einen unvollständigen Beweis (— ob ein solcher rechtlich erheblich sei, ist eine ganz außerhalb dieser Schlußfolgerung liegende Frage —) zu liefern vermag und es wird noch immer richtig bleiben, wenn weiter gefolgert wird, daß die Unvollständigkeit des Beweisresultates bei der Aussage Eines verdächtigen Zeugen eine weitergehende sei, als bei der Aussage Eines vollkommen tadellosen Zeugen. Nur die Folgerung ist zu weitgehend und unrichtig, daß sonach die Aussage Eines vollkommen tauglichen Zeugen gerade einen halben, die eines verdächtigen jedesfalls einen minderen, als halben Beweis mache und diese eher ist es, welche für die formelle Gestaltung der Beweistheorie hauptsächlich entscheidend war.

[16]) S. die dießfälligen Citate bei Renaud l. c. § 111. Note 67 und bezüglich des canon. Rechts insbes. noch dazu Scaccia l. c. lib. II. cap. 9. Nr. 362 u. ff.; Reiffenstuel l. c. II. 20 § 9; München l. c. I. S. 154 u. ff. Ueber die beiden hieher bezogenen Stellen: c. 9. X. de probat. (2. 19.) u. c. 23. X. de elect. (1. 6.) s. schon Reiffenstuel l. c. Nr. 290. Daß es vor Allem immer darauf ankommt, genau festzustellen, was der eigentliche Gegenstand des Beweises ist, fällt ganz von selbst auf.

wirkung in das Bereich willkürlicher Combinationen. Soweit in diesen durch die Unterscheidung von singularitas adminiculativa, diversificativa und obstativa s. adversativa näher charakterisirten Fällen zu der nur vereinzelt stehenden Zeugenaussage nicht wirklich ein weiterer Beweisgrund hinzutritt, kann auch da von einer vollen Beweiswirkung überhaupt nicht und noch weniger von einem durch die Aussage auch nur Eines Zeugen bewirkten vollen Beweise die Rede sein; wenn aber zur vereinzelten Zeugenaussage in der That (z. B. in Gestalt von Indicien) ein weiterer Beweisgrund hinzutritt, wie dieß bei der sog. singularitas adminiculativa wol der Fall sein kann[17]), dann liegt der Grund der vollen Beweisherstellung nicht in einer der Aussage nur Eines Zeugen da ausnamsweise zukommenden stärkeren Beweiswirkung, sondern eben in der durch den hinzugetretenen weiteren Beweisgrund gelieferten Beweisvervollständigung. Außerdem hat das canon. Recht noch einzelne allgemeine, hier bereits im I. (allgem.) Teile (S. 125. 126)[18]) hervorgehobene Anhaltspunkte ausgesprochen, welche überhaupt den Geist kennzeichnen, von dem es die Judicatur geleitet wissen will und eben als rationelle, nur durch ihren inneren Wert getragene Grundsätze vom Richter auch bei der Würdigung der Ergebnisse des Zeugenbeweises zu beobachten sind. Sonst ist das Ermessen des Richters in all den oben erwähnten Richtungen in keiner Weise beengt.

Nun hat aber die Doctrin, u. z. gerade auch die canonistische, anschließend an die obige formelle Vorschrift des canon. Rechts für diese gesammte, von Seite der gesetzlichen Bestimmungen dem freien Ermessen des Richters überlassene Thätigkeit zunächst durch Heranziehung und Anwendung aller möglichen passenden und unpassenden Gesetzesstellen und Analogieen, teilweise wol auch durch vergleichende aprioristische Abwägung der für die Beweiskraft der Zeugenaussage in Betracht kommenden rationellen Momente zalreiche weitere, in ihrer Bedeutung und Wirkung übrigens sehr überschätzte Regeln aufgestellt, welche wenigstens das Streben bekunden, die verschiedenen Ergebnisse einer Zeugenbeweisführung sowol für sich allein, als auch bei eintretender Collision unter einander oder mit anderen Beweisgründen und namentlich mit Rücksicht auf die Möglichkeit und Art ihrer Ergänzung möglichst genau und formell zu bewerten, und bei dem großen Einfluße, den die theoretische Untersuchung und Darlegung der Gründe, welche für ein auf die allgemeinen Gesetze der Vernunft verwiesenes Verfahren bestimmend sein sollen, eben vermöge ihres inneren

---

[17]) Dieß scheint wol auch in der von Langenbeck l. c. S. 505 lit. a. gegebenen Formulirung dieses Punktes gemeint zu sein. Unrichtig aber ist es, wenn L in Note d.) daselbst bemerkt, daß „diese Fälle es eigentlich nur sind, in denen man von testes singulares redet." Das sagt weder Gesterding in der von L citirten Abhandlung, noch ist es Martin, der in seinen Vorlesungen (II. S. 69) die da angeführte Unterscheidung „noch besonders" erst macht, sondern diese Unterscheidung ist, wie Note 15 zeigt, sehr alt und man hat da immer auch von testes singulares, u. z. sehr umständlich geredet.

[18]) S. dazu Hinschius Beitr. z. Lehre v. d. Eidesdelat. S. 89 u. ff.

Wertes immer gewinnt, sowie bei der bedeutenden Erleichterung, welche die einfache Application solcher Regeln unter Berufung auf diese oder jene wissenschaftliche Autorität dem Richter in dieser oft recht schwierigen Geistesoperation gewährt, kann es von Vornherein keinem Zweifel unterliegen, daß es auch diesen Regeln an practischer Nutzanwendung im canon. Processe sowol in, als außer Straffachen gewiß nicht gefehlt hat. Daher handelt es sich hier nunmehr um die Frage, ob diese von der Doctrin entwickelten Regeln im canonischen Processe überhaupt jemals und insbesondere schon zu der Zeit, als derselbe auf dem Höhepunkte seiner Ausbildung und Herrschaft stand und für die Entwicklung namentlich des gemeinen deutschen Processes maßgebend wurde, d. i. gegen Ende des 15., Anfangs des 16. Jahrhunderts, eine so hohe Bedeutung gewonnen hatten, daß der Richter dieselben nicht bloß unbedenklich anwenden konnte und auch wirklich allgemein anwendete, sondern auch anwenden mußte, um sein Amt dem herrschend gewordenen Geiste des Verfahrens entsprechend zu üben und sich sonach gar nicht mehr getrauen konnte, unbekümmert um dieselben von dem ihm nach den Gesetzen doch eigentlich überlassenen freien Ermessen Gebrauch zu machen? Die Stellung der Frage mit Bezug auf den bezeichneten Zeitpunkt insbesondere erscheint deßhalb geboten, um darnach zu beurteilen, inwieweit der gemeine deutsche Proceß die rein formelle Auffassung und Behandlung der Beweiswürdigung aus dem canonischen Processe überkommen hat und inwieweit er selbstständig an dem Umsichgreifen und an der Entwicklung derselben beteiligt ist.

Hier fällt vor Allem ins Gewicht, daß schon unter den Canonisten und Legisten des 14. und 15. Jahrhunderts (Joannes Andreae, Antonius de Butrio, Baldus, Abbas (Panormitanus), Angelus Aretinus, Decius, Fellinus Sandeus)[19]) der natürlich auf Gesetze (l. 1. D. de

---

[19]) Wie Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1144. Nr. 1 u. Fagnani l. c. Com. ad c. 5. X. de constit. (1. 2.) Nr. 233 u. 234 bezeugen. Da mir die Schriften der im Texte angeführten Autoren selbst nicht zur Hand sind, gebe ich die bezügliche Stelle aus der sehr umfassenden und bedeutsamen Erörterung von Fagnani l. c. vollständig: „Alias ubi sunt opiniones discordes, judex tenetur sequi communem, c. Novimus, ibi: Et quorundam sit opinio a pluribus approbata, de Verb. Sign., c. De judiciis, ibi: in quo plurimi concordant, 8. quaest. 3., c. in canonicis 19. distinct. et l. 1. De off. quaest. Bald. post Jo. Andr. hic num. 8., ubi reddit rationem, quia communis opinio habet vim consuetudinis. Gemin. cons. 48. Pro examinatione num. 5. vers. Item quia major numerus Doctorum. Dec. post alios in d. c. 1. num. 93. sup. eod. Alioquin facit litem suam secundum Angel. Aret. in cons. 9. Videtur primo, num. 10. ver. Et clarum est in jure. Decian. cons. 111. num. 17. lib. 7. Felin. in d. c. 1. num. 54. vers. Et ubi Doct. discrepant, et dicitur per imperitiam judicare. Bald. in l. Propterea per illum textum ff. De senat. et Alex. cons. 95. Visis processibus, num. 6. lib. 2.“ Es wäre überhaupt ein würdiger Gegenstand eingehender Specialuntersuchung, die Entwicklung dieser Auffassung sowol, als aller über die Bewertung von Beweisresultaten aufgestellten Ansichten in der canonistischen und civilistischen Literatur seit dem 12. Jahrh. vollständig nachzuweisen, wofür die umfassenden literarhistor. Arbeiten v. Savigny's u. v. Schulte's bereits ein

offic. quaest. 1. 13; c. 6. Dist. 19; c. 2. C. 3. q. 3; c. 27. X. de V. S. 5. 40.) gestützte Grundsatz feststeht: Judex (in judicando) tenetur sequi opinionem communem. u. z. mit der Begründung: „quia communis opinio habet vim consuetudinis“ und dem hier besonders in Betracht kommenden Zusatze: „alioquin facit litem suam“. Und daß die Praxis der geistlichen Gerichte des 15. Jahrhunderts sich bei der Beweiswürdigung mit scrupulöser Aengstlichkeit an die dießbezüglichen doctrinellen Deductionen wirklich hielt, dafür dürften die hier in den Beilagen unter X., bes. Nr. 130 und 132 mitgeteilten Rechtsgutachten, welche vollinhaltlich in das richterliche Urteil aufgenommen sind, als Beleg gelten. Bei solcher Auffassung und Handhabung der Stellung des Richters kann wol kein Zweifel darüber aufkommen, daß sich der Richter schon im 14. und 15. Jahrhunderte, gerade in der Blüthezeit des canonischen Processes, bei Würdigung der Beweise mit jenen Resultaten der doctrinellen Erörterungen, welche in wesentlicher Uebereinstimmung eine sichere und bestimmte Bewertung eines Beweisergebnisses wirklich enthielten, nicht in Widerspruch setzen durfte. Daß die Doctrin dabei mehr nach positiven, meist unpassenden und zweifelhaften Anhaltspunkten in den Quellen, als nach wirklich rationellen Ideen suchte und das ganze Wesen der dem Richter bei der Beweiswürdigung obliegenden Verstandesthätigkeit veränderte, das übersah man freilich im Eifer der Nachforschung ganz und gar, und wenn schon die Wissenschaft das übersah, so wird man es der ihr folgenden, ja in gewissem Maße zur Folge geradezu verpflichteten Praxis auch nicht so schwer verdenken können. In Bezug auf den Zeugenbeweis nun erscheint in der Doctrin der genannten Zeitperiode nur die Regel einmütig und bestimmt festgestellt, daß die Aussage Eines vollkommen tadellosen Zeugen als ein halber Beweis zu betrachten sei, der sowol durch den vom Richter aufzuerlegenden Erfüllungseid, als auch durch andere, für sich allein unzureichende Beweisergebnisse zur vollen Beweiswirkung ergänzt werden kann[20]). Für alle übrigen Fragen aber, die oben speciell angeführt sind und wol den größeren und schwierigeren Teil der Würdigung des Zeugenbeweises involviren, hat die erwähnte Doctrin zwar alle möglichen Momente hervorgehoben und erörtert, auf welche der Richter der Natur der Sache nach und im Sinne zalreich

---

vollkommen ausreichende Grundlage gewähren. Ueber die im Texte angeführten Schriftsteller u. ihre Werke vgl. eben bes. v. Schulte Gesch. der Quellen u. Lit. des canon. R. (Stuttgart. 1875—1877.) II. S. 205 ff. 275. 289 ff. 312 mit 130. 350. 361. 365.

[20]) S. Glosse ad l. 31. D. de jurejur. (12. 2). v. „exacto juramento“ u. ad l. 3. C. de reb. cred. (4. 1.). v. „decidi oportet“; glossa fin. ad c. 13. X. de probat. (2. 19.); Billius ord. jud. l. c. p. 3. § 6. S. 56. 57. § 8. S. 63; Damasus l. c. tit. 56. 61. 62; Durantis l. c. lib. II. part. 2. de probat. § 3. Nr. 28. Seitdem steht die Regel fest u. wird, wie Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 11. Nr. 2. berichtet, von Franc. Curtius († 1533 nach Martin l. c.) „pro regula marmorea“ hingestellt. Dazu die Citate bei Farinacius l. c. p. II. quaest. 63. Nr. 52 u. bezüglich des Strafprocesses insbes. p. I. lib. II. quaest. 36. Nr. 227 u. ff.

herangezogener zutreffender und unzutreffender Gesetzesstellen zu achten habe, ist jedoch, soviel ich zu ersehen vermag, zu einer nur einigermaßen übereinstimmenden und ständigen Formulirung fester und bestimmter Regeln darüber, welche einer einfachen, der genauen Würdigung und eigenen Beurteilung des concreten Falles überhebenden Application fähig gewesen wären, bei allem Streben nach formeller Schematisirung nicht gelangt, sondern hat sich einer mehr oder weniger offenen und ausdrücklichen Anerkennung des im Grunde hier doch erst entscheidenden richterlichen Ermessens, das freilich, wie noch Fagnani l. c. Nr. 235 u. ff. auszuführen für nötig hält, nicht als ein „arbitrari ad libitum", sondern als „arbitrium boni viri" aufzufassen sei, selbst nicht zu entziehen vermocht[21]).

Es sind demnach nur zwei Regeln für die richterliche Würdigung der Ergebnisse des Zeugenbeweises, welche einen integrirenden Bestandteil des canonischen Proceßrechtes schon im 15. Jahrhunderte bilden, nemlich die oben angeführte, durch die canonischen Gesetze selbst getroffene Bestimmung von der Notwendigkeit mindestens zweier vollkommen tadelloser Zeugen zur vollen Beweiswirkung und der hier erörterte, von der Doctrin festgestellte Satz, daß die Aussage Eines vollkommen tauglichen Zeugen einen halben Beweis bilde. An und für sich betrachtet ist der Inhalt dieser Regeln nicht gar so bedeutungsvoll und vernünftiger Beweiswürdigung abträglich[22]). Wie sie aber in der Doctrin und Praxis des 14. und 15. Jahrhunderts dargestellt und behandelt erscheinen, war mit denselben bereits die ganze Grundauffassung der formellen Beweistheorie ausgedrückt und nicht bloß beim Zeugenbeweise, sondern auf dem ganzen Gebiete der Beweiswürdigung zur Geltung gebracht. Denn der Richter, der sich einmal in diesen beiden Punkten durch formelle Normen gebunden und darnach gezwungen sieht, die ihm obliegende Operation der Beweisprüfung in der Weise zu fassen, daß sich ihm auch nur ein halbes und bei unvermeidlicher

---

[21]) S. Pillius l. c. p. 3. § 13. 14., wo besonders bemerkenswert ist der Satz S. 75: „Sed quia de his omnibus non potest aliquis certam formam dare seu doctrinam, ideo lex haec omnia inspectioni et arbitrio judicis committit; tu enim scire potes, quanta fides testibus sit adhibenda"; Tancredus l. c. p. 3. tit. 12. u. tit. 13. § 6; Bulgarus l. c. § 7; Damasus l. c. tit. 63. 64. 65; Durantis l. c. lib. I. part. 1. de offic. omnium judicum. § 8. Nr. 17. lib. I. part. 4. de teste. §. 12. Vgl. dazu die ausführlichen Darstellungen der späteren Schriftsteller, wie Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 5. Nr. 76 u. ff; Vol. IV. concl. 1366. 1368. 1370. 1371 u. a.; Menochius l. c. lib. II. cent. I. cas. 90; Scaccia l. c. lib. II. cap. 9. Nr. 82 u. ff. 518 u. ff; Farinacius l. c. p. II. quaest. 62. Nr. 309 u. ff. quaest. 65. 66. bei denen die älteren Autoren in ausreichendem Maße angeführt sind.

[22]) Namentlich wenn man die Bezeichnung „halber Beweis" nicht streng ziffermäßig, sondern als gleichbedeutend mit: unvollständiger Beweis faßt, wie dieß in den oben cit. ordines judiciarii bis auf Durantis durchaus, ja selbst noch bei Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 11. pr. u. Nr. 1. quaest. 12. pr. quaest. 13. pr., Reiffenstuel l. c. II. 19. § 1. Nr. 15 u. Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 19. § 1. Nr. 14 der Fall ist.

weiterer Schlußfolgerung auch ein mehr oder weniger, als halbes Resultat ergibt, das mit Rücksicht auf die Ergänzung im Processe sehr erheblich ist, kann solche ihm vorgeschriebene Auffassung unmöglich auf den Zeugenbeweis beschränken, sondern muß sie allgemein anwenden und dann folgerichtig auch dort zu ziffermäßigen Bewertungen und Abstufungen im Beweisresultate gelangen, wo seinem Ermessen wirklich noch vollkommen freier Spielraum gewährt ist, so daß sich die gekünstelte, bruchstückweise Zusammensetzung des Gesammtresultates als natürliche und allgemeine Folge ergibt. Und darin liegt denn auch die entscheidende Bedeutung jener Regeln für den gemeinen deutschen Proceß. Denn mit ihnen ging eben die ganze formelle Auffassung und Behandlung des für den Charakter des Processes ausschlaggebenden Actes der Beweisprüfung in den gemeinen deutschen Proceß mit über und es ergab sich da in dieser dem Wesen des römischen Processes, der doch noch immer als Grundlage betrachtet wurde, ebenso wie der wahren Natur des Beweisprüfungsactes widersprechenden Auffassung ein Gebiet, welches nunmehr unabhängig vom canonischen Rechte und Processe von der deutschen civilistischen Jurisprudenz weiterentwickelt, bald auch von der Gesetzgebung cultivirt wurde, so daß dann wieder von hier aus auf den späteren, seit dem Ausgange des 16. Jahrhunderts im Niedergange begriffenen canonischen Proceß Einfluß geübt wurde[23]). Die Grundanschauung, aus welcher die rein formelle Beweistheorie emporgewachsen ist und welche durch die gesetzlichen Bestimmungen des canonischen Rechts zwar veranlaßt, keineswegs aber schon wahrgenommen oder ausgesprochen wurde, deren Basis ich vielmehr in dem von Durantis wiederholten verhängnißvollen Schluße der Glosse (od l. 3. C. de reb. cred. 4. 1. v. „decidi oportet“): „Si duo (testes) faciunt plenam probationem, ergo unus semiplenam“ erblicke, hat der gemeine deutsche Proceß aus dem canonischen Processe und namentlich durch die denselben begleitende Doctrin und Praxis überkommen. Sie wurde da nicht bloß unbesehen acceptirt, sondern auch selbstständig fortgebildet und hat so ausschließlich vorgeherrscht, daß die Erkenntniß des wahren Wesens der Beweiswürdigung nicht aufkommen konnte und eine diesem entsprechende Gestaltung des Processes erst in den Proceßgesetzen und Entwürfen der Neuzeit (durch Einführung des Grundsatzes der freien Beweisprüfung) zum Durchbruche zu gelangen vermochte.

Auch die spätere canonistische Doctrin (nach dem Ausgange des 15. Jahrh.) hat es für die oben bezeichneten, bei der Würdigung des Zeugenbeweises sich ergebenden Fragen zu übereinstimmenden, festen Regeln, durch deren einfache Application der Richter über alle Schwierigkeiten dieser Operation hinwegge-

---

[23]) Wie die Citate bei Reiffenstuel u. Schmalzgrueber, selbst bei Gonzalez-Tellez in den Titeln: II. 19. bis II. 24. beweisen, in denen sehr häufig auf die Schriften von Treutlerus, Wesembeck, Mynsinger, Bronchorst, Damhouder, Zoesius Wisenbach, Gaill, König, Berlich, Stryck, Brunnemann u. a. verwiesen ist.

kommen und zu deren Anwendung er sodann auch unter Ausschließung seiner eigenen, aus den allgemeinen logischen Gesetzen und dem concreten Falle schöpfenden Denkthätigkeit verpflichtet gewesen wäre, trotz der weitläufigsten systematischen und casuistischen Erörterungen nicht zu bringen vermocht. Das, worauf der Richter dabei zu achten hat, kann bei diesen, wie bei allen derartigen Fragen, wol hervorgehoben werden und gewisse allgemeine Anleitungen[24]) lassen sich aus dem Wesen und Zwecke der Beweisprüfung, sowie aus der besonderen Natur des vorausgesetzten speciellen Falles immerhin gewinnen. So hat der Richter bei der Aussage verdächtiger Zeugen naturgemäß auf den Grund genau zu achten, der den einzelnen Zeugen eben verdächtig macht und wie bei der Zeugenaussage überhaupt, so auch insbesondere hier auf den Grad, in welchem er über den Gegenstand der Aussage informirt ist und sein kann, auf die Bestimmtheit und Genauigkeit, mit welcher er beobachtet hat und aussagt, zu sehen. Daß die Zal der Zeugen ein gewichtiger, unter Umständen ausschlaggebender Factor sein kann, läßt sich im Allgemeinen ebenso betonen, wie daß dieselbe keineswegs immer und allein gegen alle sonstigen Bedenken entscheidet und häufig ganz belanglos oder doch nur von ganz untergeordneter Bedeutung sein kann. Wenn ein Zeuge dem andern widerspricht, oder Haupt- und Gegenbeweisführung durch Zeugen einander gegenüberstehen, hat der Richter selbstverständlich zunächst genau festzustellen, was der Widerspruch eigentlich betrifft, wieweit er reicht, welche für die Glaubwürdigkeit der Aussagen maßgebenden Momente auf der einen und welche auf der andern Seite im concreten Falle vorliegen, was die auf Betrachtung der verschiedenen Aussagen, der Haupt- und Gegenbeweisführung im Zusammenhange[25]) gestützte Vergleichung für die eine oder andere Seite ergibt u. dgl. m. Solche Hinweise und allgemeine Anleitungen haben die canonischen Gesetze selbst schon gegeben[26]) und keine andere Bedeutung kommt all den Resultaten zu, welche die Erörterungen wenigstens der canonistischen Doctrin auf diesem Gebiete ergeben haben. Denn die „regulae (communiter receptae, in

---

[24]) Wenn z. B. Reiffenstuel l. c. II. 19. § 4. Nr. 78 bemerkt: . . . „unde ad dignoscendum, quaenam earum (probationum concurrentium) praevaleant, oportet quasdam generaliores tradere regulas, juxta quas judex, cujus arbitrio praevalentia probationum plurimum relinquitur discernenda, ... in causis particularibus recte arbitrari et probe judicare valeat," so sind diese regulae wol sicherlich nicht als bindende Normen, sondern nur als derartige allgemeine Anleitungen gemeint.

[25]) Auch wenn Beweis u. Gegenbeweis, beide durch Zeugen geführt, einander gegenüberstehen, dürfte der Gesammteindruck mehr entscheiden, als allgemeine Theorieen, wie das noch in neuerer Zeit von Bolgiano (in der Zeitschr. f. CivilR. u. Proc. N. F. Bd. 7. S. 201 u. ff. Bd. 8 S. 351 u. ff. Bd. 13. S. 206 u. ff.) u. Langenbeck l. c. S. 561 u. ff. erörterte „Subtractions- oder Entkräftigungs- u. das Bevorzugungsprincip", die eine befriedigende Erledigung m. E. nicht bieten.

[26]) S. c. 23. 32. 57. X. de elect. (1. 6.); c. 4. X. de procur. (1. 38.); c. 1. 9. X. de prob. (2. 19.); c. 16. 32. 33. 44. X. de testibus (2. 20.); c. 7. X. de test. cog. (2. 21.); c. 3. X. qui matr. accus. poss. (4. 18.) u. a.

praxi servandae, in judicando sequendae" u. dgl.), die da allerdings ganz apodictisch und formell hingestellt werden, sind ja nicht bloß in jeder eingehenderen Darstellung regelmäßig durch endlose Reihen von fullentiae, limitationes und sublimitationes sofort wieder aufgehoben oder durchlöchert, sondern die Natur des behandelten Stoffes hat trotzdem noch immer zu einer bei verschiedenen Anlässen wiederholten, oft sogar wie eine Art von Verwahrung gegen die folgenden „regulae" im Allgemeinen vorausgeschickten, so nachdrücklichen Betonung des richterlichen Ermessens gezwungen, daß eben diesen als Regeln hingestellten Sätzen ihre ganze Regulirungsbedeutung und Regelungsmacht geradezu benommen ist[27]). Wenn man den ganzen Apparat dieser „Regeln" rein äußerlich betrachten wollte, so könnte man allerdings dem beipflichten, was Endemann (Beweislehre S. 631) bemerkt: Es ist da ausgegangen von der „Notwendigkeit, alle Consequenzen bis ins äußerste Detail in schematischer Uebersichtlichkeit als allgemein giltige Sätze festzustellen und dem juridischen Urteil als unumstößliches Dogma nicht bloß den Hauptsatz, sondern auch alle Neben- und Untersätze dergestalt aufzunötigen, daß die eigene Erwägung so wenig, als möglich Spielraum behält. Die Rechtslehre spitzt sich daher zu einer Masse von Einzelnheiten zu, welche künstlich zusammengesetzt werden müssen." Erwägt man jedoch den Inhalt dieser „regulae" mit Allem, was drum und dran hängt, so muß man wol sagen, daß die mit solcher Gefolgschaft aufgestellten Sätze die Bedeutung und Wirkung wirklicher Regeln oder gar „unumstößlicher Dogmen" niemals erlangen konnten, daß die Doctrin ebenso sehr das Gefühl gehabt zu haben scheint, als der Richter die practische Erfahrung machte, daß sich ein derart verflochtenes Conglomerat „von Haupt-, Neben- und Untersätzen" überhaupt gar nicht aufnötigen, an die Stelle „eigener Erwägung" des Richters setzen und dadurch „die freie Uebung der urteilenden Folgerung zum Stillstande" bringen läßt[28]) und

---

[27]) Recht deutlich ist dieß z. B. bei Reiffenstuel l. c. zu ersehen, der, obwol er gelegentlich oft auf das „prudens arbitrium judicis" hinweist, doch gleich von Vornherein an der Spitze der gesammten Beweislehre II. 19. § 8. Nr. 60 mit Berufung auf l. 8. § 1. D. de test. (22. 5.), c. 32. X. h. t. (2. 20.) u. Menochius l. c. lib. II. cent. I. cas. 90. erklärt: „Solummodo praedictis adde, quod in discernendo, quaenam probatio hic et nunc sit plena et concludens, plurimum sit relinquendum arbitrio judicis .... idem ergo dicendum de aliis probationibus earumque valore atque efficacia concludendi, prudentis judicis arbitrio spectatis omnibus circumstantiis melius dijudicandi .... Etenim ad quem modum probandae cuicunque rei argumenta in particularibus casibus adducta sufficiant, nullo certo modo definitum reperitur, neque ob infinitatem casuum diversarumque circumstantiarum definiri potest." Nach derartigen von Menochius l. c. noch weiter ausgeführten u. von der gesammten canonistischen Jurisprudenz im Wesentlichen immer wiedergegebenen Erklärungen kann ich die Ueberzeugung nicht gewinnen, daß die darnach vorgetragenen Regeln als „starre Dogmen" auch nur gemeint gewesen seien, noch weniger, daß sie als solche in der That auch gewirkt hätten.

[28]) Es sei beispielshalber nur auf quaest. 62 u. 65 in p. II der praxis crim. von Farinacius, dessen Werk diese Doctrin wol in erschöpfendem Maße repräsentirt, verwiesen. Hält es schon schwer, sich da nur überhaupt zu orientiren, so erscheint es mir geradezu un-

daß sonach trotz dieser doctrinellen Sätze für alle die oben angeführten, bei der Würdigung des Zeugenbeweises sich ergebenden Fragen in Wahrheit doch immer die individuelle Verstandesthätigkeit des Richters das Entscheidende geblieben ist, wie es in l. 3. § 1 u. 2. D. de test. (22. 5.), c. 3. § 28. C. 4. q. 2 u. 3. u. c. 32. X. h. t. (2. 20) ausgesprochen und durch kein canon. Gesetz hintangehalten wird.

Die Art, in welcher der Richter im canonischen, wie im gemeinen deutschen Processe von diesem seinem Ermessen gewährten Spielraume Gebrauch machte und nach Allem, was ihm durch die Doctrin unausgesetzt gelehrt wurde, Gebrauch machen sollte, war freilich durch die oben erörterte Grundauffassung der Beweisprüfungsthätigkeit bestimmt; er stand unter dem Banne dieser allgemeinen formellen Anschauung, die denn auch da nicht ganz ohne Consequenzen bleiben konnte und insoferne muß man allerdings sagen, daß er auch hier nicht vollkommen frei und ungebunden bloß mit seinen Verstandeskräften operirte. Aber es ist doch etwas ganz Anderes, ob man diese Function des Richters durch eine solche allgemeine Auffassung, oder in gleicher Weise, wie in den beiden ersten oben behandelten Punkten (2 classische Zeugen = voller Beweis, 1 class. Zeuge = halber Beweis) durch einzelne stricte Regeln gebunden sieht. Die erstere wird den wahren, materiellen Kern vernünftiger Beweiswürdigung nie ganz zerstören, das freie individuelle Urteil des Richters wird trotz derselben immer noch zum Durchbruche und zur Geltung gelangen, letztere dagegen würden selbstverständlich jeden derartigen Zug vernichten und in der That jene Erstarrung herbeiführen, von welcher Endemann l. c. spricht. Doch nur jenes, nicht dieses ist die Stufe, auf welche die formelle Beweistheorie im canonischen Processe gelangt ist.

---

3. Capitel.

Beim Beweise durch Sachverständige.

Da das canonische Recht, wie im I. u. II. Abschn. erörtert wurde, die Sachverständigen im Wesentlichen noch als Zeugen behandelt, so fällt auch die Würdigung des Beweisresultates, welches durch das Gutachten derselben erzielt

---

denkbar, daß das da Vorgetragene jemals den Charakter von Sätzen hätte erlangen können, an die der einfache Richter bei der Beweiswürdigung im Processe (wie an Dogmen) gebunden gewesen wäre. Und selbst wenn man dergleichen annehmen dürfte, so würde man durch den Inhalt dessen wieder im Stiche gelassen; denn richtig bemerkt schon Molitor l. c. S. 279: die da gegebenen Grundsätze erleiden (nach der Darstellung selbst) „im einzelnen Falle vielfältige Modificationen, welcher alle wieder auf den Satz zurückgeführt werden können, daß der Richter sein Urteil nach genauer Erwägung des Gewichtes der einzelnen Beweismittel nach bestem Wissen und Gewissen zu fällen habe."

wird, unter die gleichen Grundsätze und Normen, die im vorigen Cap. dargestellt wurden. Vor Allem ist also auch hier der Richter an die Regel gebunden, daß er den Beweis nur durch die übereinstimmenden Gutachten zweier vollkommen qualificirter Sachverständiger als hergestellt erkennen kann[1]). Die trotz der legalen Gleichstellung der Sachverständigen und Zeugen doch vorhandene innere Verschiedenheit der ersteren von den letzteren vermag diese Regel weder auszuschließen, noch in ihrer Natur und Wirkung zu ändern; nur verdient hervorgehoben zu werden, daß das Substrat der Würdigung des Richters nur der Inhalt des Gutachtens selbst im Verhältnisse zum Beweisthema, nicht die Begründung des Gutachtens im Verhältnisse zu diesem bildet, wärend sich beim Zeugenbeweise die richterliche Würdigung auf alle Teile der Aussage gleichmäßig erstreckt. Denn die Würdigung der Begründung ist eben, weil Sachkunde absolut erheischend, dem Richter als solchem nicht möglich, sie könnte immer nur eine rein äußerliche sein, die doch niemals genügend wäre. Daher bezieht sich auch die in der genannten Regel geforderte Uebereinstimmung nur auf die Gutachten selbst, nicht auf deren Begründung, u. z. um so mehr, als verschiedenartige Begründung die Ueberzeugungskraft des gleichen Resultates eher erhöht, als schwächt.

Auch in den anderen Richtungen wird das für die Würdigung des Zeugenbeweises Maßgebende hier mannigfach modificirt. So kann zunächst die zweite beim Zeugenbeweise zur Geltung gelangte Regel, daß Ein vollkommen tadelloser Zeuge einen halben Beweis bilde, welcher der Ergänzung durch weitere Beweisgründe bedürftig und fähig ist, hier wenigstens nicht ohne wesentliche Einschränkung Anwendung finden. Nicht deßhalb, weil etwa jene Schlußfolgerung: Si duo faciunt plenam probationem, ergo unus semiplenam nicht auch für dieses im canonischen Rechte ja eben noch nicht gesonderte Gebiet gemeint gewesen oder angewendet worden wäre, sondern deßhalb, weil die Beschaffenheit des Beweisthema's, um welches es sich hier handelt, dieß wenigstens nicht in dem gleichen Umfange, wie beim gewönlichen Zeugenbeweise, zuläßt. Denn das Beweisthema ist derart, daß es eben nur durch das Gutachten Sachkundiger erhärtet werden kann, daher ist auch die Ergänzung des genannten halben Beweisergebnisses hier zwar nicht ausgeschlossen, aber eben wieder auf Sachverständige, u. z. solche, welche nicht alle zur Beweiskraft ihres Gutachtens erforderlichen Qualificationen

---

[1]) Die in der älteren Doctrin (s. Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1039. Nr. 23 u. ff. concl. 1175 Nr. 21 u. ff; Pacianus l. c. lib. I. cap. 47. Nr. 34 u. ff.) angeführten, übrigens bestrittenen Ausnamsfälle, in denen das Gutachten Eines Sachverständigen schon vollen Beweis mache, beziehen sich entweder nicht auf den Proceß oder betreffen nicht die für denselben entscheidende Beweisführung; denn in letzterer Richtung werden alle diese Ausnamen wieder aufgehoben durch die übereinstimmende Lehre: ‚Subdeclarandae sunt istae declarationes (d. i. die erwähnten Ausnamen) non procedere, quando pars produceret peritos tanquam testes, quia tunc debent omnino esse duo,' wie Mascardus l. c. concl. 1175. Nr. 36 bemerkt u. ebenso Pacianus l. c. Nr. 50.

haben, beschränkt, die beim Zeugenbeweise sonst zur Verfügung stehende Ergänzung durch den Erfüllungseid, Indicien u. dgl. nicht möglich. In der Beurteilung, wieviele solche nicht vollkommen geeignete, doch selbstverständlich nicht ganz unzulässige Sachverständige zu dieser Ergänzung oder überhaupt erforderlich seien, wenn nur Gutachten von unvollständig qualificirten Sachverständigen vorliegen, bindet den Richter keine andere Norm, als die aus den erwähnten Regeln von selbst sich ergebende Consequenz, daß es im ersteren Falle mehr, als Einer, im letzteren mehr, als zwei sein müssen. Zu dem Ergebnisse, auf welches die Beweisführung durch Sachverständige abzielt, können sonach andere Beweisgründe nicht mitwirken[2]) und der Unterschied, der sich dadurch zwischen dem Zeugen- und Sachverständigenbeweise ergibt, berührt zwar nicht die Natur und Wirkung der genannten, für beide ganz gleichmäßig geltenden und den Richter bindenden Beweisregeln, aber er ist durch die Beschaffenheit des Beweissatzes derart gegeben, daß es einer positiv gesetzlichen Beachtung oder Anerkennung dafür gar nicht bedarf.

Aus dem gleichen Grunde ist auch rücksichtlich der übrigen in der Beweiswürdigung sich ergebenden Fragen dem gewönlichen Zeugenbeweise gegenüber hervorzuheben, daß sich hier eben der Natur des Beweisthema's entsprechend die Erwägung des Richters auf die wissenschaftliche, technische, künstlerische u. s. w. Befähigung und Kenntnisse des Sachverständigen vorzugsweise concentrirt und daß das richterliche Ermessen in den da häufig obwaltenden und ohne besondere Schwierigkeit zu beurteilenden Gradationen einen Anhaltspunkt findet, der ihm beim einfachen Zeugenbeweise wenigstens in der Regel abgeht. Denn obgleich auch beim Zeugen die bessere Information, die höhere Befähigung zur Wahrnehmung und zur Aussage Momente sind, welche für die Würdigung des Richters in's Gewicht fallen, so können dieselben bei dem für die Zeugenaussage nur erforderlichen normalen, jedem Vernünftigen innewohnenden Maße von Befähigung doch nur selten eine entscheidende Bedeutung erlangen. Hier dagegen handelt es sich außer dieser allgemeinen Befähigung um ganz specielle, durch besondere Ausbildung und Uebung erworbene, durch Leistungen erprobte Kenntnisse, Einsicht und Urteilskraft und da ist es namentlich dort, wo, wie in der Blüthezeit des canonischen Processes amtlich bestellte oder durch öffentliche Prüfung und Bestätigung ihrer Sachkunde autorisirte Sachverständige nicht vorhanden sind, gerade umgekehrt ganz natürlich, daß die Prüfung und Vergleichung dieser an sich sehr steigerungsfähigen Momente sehr häufig ausschlaggebende

---

[2]) Wol erwähnt Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1039. Nr. 31 unter Berufung auf Baldus und Decius, daß „concurrentibus aliquibus conjecturis, quae medici unius dictum adjuvarent, ... tunc uni fides esset habenda", also eine Ergänzung des Gutachtens durch Indicien, allein schon Pacianus l. c. cap. 47. Nr. 46 weist nach, daß die Behauptung des Baldus eine viel beschränktere ist (bloß geltend quoad absolvendum reum), und diese betrifft die Beweiswirkung gar nicht.

Gründe für die Entscheidung liefert[3]). Es soll damit keineswegs gesagt sein, daß der Richter nur auf die durch den Beruf, den Bildungsgang, die Leistungen oder den Ruf des Sachverständigen bekundete bessere oder gründlichere Sachkunde zu achten habe und daß er darin allein immer die für sein Ermessen erforderlichen Bestimmungsgründe finden werde, aber soviel ist wol gewiß, daß der Beweiswürdigung hierin regelmäßig ein ganz ergiebiges Feld dargeboten ist, wärend beim Zeugenbeweise aus der analogen Richtung sich nur wenig entnehmen läßt. Insbesondere kommt diese Erwägung des Grades der Sachkunde zur Geltung, wenn es sich um widersprechende Gutachten oder um Würdigung von Haupt- und Gegenbeweis handelt, die durch Sachverständige geführt wurden. Weil die Würdigung der concreten Begründung des Gutachtens, wie schon oben hervorgehoben wurde, dem Richter entrückt ist, so wird es da, die sonstigen Qualificationen bei den Sachverständigen gleichmäßig vorausgesetzt, immer auf diesen Punkt ankommen und die Prüfung desselben wird und kann auch dem Gesagten zufolge in der Regel Gründe liefern, wie sie im ähnlichen Falle beim gewönlichen Zeugenbeweise nur äußerst selten zu Gebote stehen.

Doch auch diese wieder durch die Natur des Beweisthema's und des demselben entsprechenden Beweismittels hier bewirkte Besonderheit berührt das Wesen, den Charakter der Beweiswürdigung nicht. Diese ist beim Sachverständigenbeweise ganz in dem gleichen Grade und bis zu der nemlichen Entwicklungsstufe formell, wie beim einfachen Zeugenbeweise. Die für letzteren maßgebenden Regeln, daß zum vollen Beweise zwei vollkommen qualificirte Individuen erforderlich sind und daß durch die Aussage Eines nur ein halbes, doch (hier freilich nur in beschränkter Weise) ergänzungsfähiges Beweisresultat erbracht wird, gelten mit ihren notwendigen logischen Consequenzen auch hier als gleich stricte Normen für den Richter und daß die Art und Weise, in welcher der Richter von dem ihm für die Lösung aller übrigen Fragen der Beweisprüfung eingeräumten freien Ermessen Gebrauch macht, auch hier keine andere sein kann, als beim Zeugenbeweise, ergibt sich nicht bloß aus der wesentlich gleichen Behandlung von Zeugen- und Sachverständigenbeweis, sondern auch aus der Allgemeinheit der oben erörterten Grundauffassung, durch welche dieselbe bestimmt ist.

---

[3]) Die ältere Doctrin stellt den allgemeinen Satz auf: „ut semper credendum sit magis peritioribus“ (Mascardus l. c. Vol. III. concl. 1175. Nr. 14 mit Berufung auf Durantis l. c. lib. II. p. 2. de prob. § 3 Nr. 27) und macht von demselben bei Beurteilung widersprechender Gutachten sehr weitgehenden Gebrauch, s. Mascardus l. c. Nr. 19 u. ff; Pacianus l. c. Nr. 125 u. ff. 158 u. ff. und die von diesen Citirten. Ja die Betonung des Grades der Sachkunde geht da sogar (ohne Grund) so weit, daß Ein Sachverständiger zum vollen Beweise hinreichen soll, „quando esset ... peritissimus et summae maximaeque autoritatis“ oder „quando esset ... publice deputatus et salariatus ad aliquam artem aut scientiam exercendam et profitendam“. Mascardus l. c. Nr. 26. 28; Pacianus l. c. Nr. 37. 39.

4. Capitel.

Beim Urkundenbeweise.

Obgleich die Urkunde, wie im I. Abschn. 4. Cap. ausgeführt wurde, einen selbstständigen Beweis*grund* nicht involvirt, so ist sie doch ein durchaus eigenartiges, selbstständiges Beweis*mittel* und es fällt daher auch die Prüfung des Resultates einer mit Urkunden unternommenen Beweisführung unter besondere, eben durch die eigentümliche Form, in welcher die Beweisgründe hier auftreten, bestimmte Gesichtspunkte und Grundsätze. Denn es handelt sich hier ja nicht um die Frage, ob das, was die Urkunde enthält, überhaupt und an sich betrachtet, die Ueberzeugung des Richters von dem im Civil- oder Strafverfahren zu Erweisenden zu begründen vermag, sondern darum, ob und inwieweit die *in dieser Form* gegebene Disposition (bei Dispositivurkunden), oder Mittheilung Dritter (Zeugniß resp. Sachverständigengutachten bei Zeugnißurkunden), oder das *so* abgegebene Geständniß der Proceßpartei (bei Geständnißurkunden) Beweis mache?

Aus der oben[1]) erörterten Stellung der Echtheitsfrage in der Beweisführung mit Urkunden ergibt sich von selbst, daß zunächst diese klargestellt sein muß, bevor der Richter an die Prüfung des Resultates herantreten kann, welches durch die Urkunde für den erforderlichen Beweis erbracht sein soll. Ist darüber selbst erst Beweis geführt worden, so handelt es sich zunächst allerdings um die Prüfung dieses, d. i. des Echtheitsbeweises, doch bildet dieselbe keineswegs einen *Bestandteil* der Prüfung des Urkundenbeweises. Denn der Echtheitsbeweis ist ein ganz selbstständiger und die Würdigung desselben richtet sich eben nach der Natur der Beweismittel, mit welchen er geführt wurde, fällt also nicht an und für sich (als Bestandteil des Urkundenbeweises), sondern nur dann unter die für die Prüfung des Urkundenbeweises maßgebenden Grundsätze, wenn er selbst etwa gleichfalls durch Urkunden wäre geführt worden. Die Prüfung des Echtheitsbeweises bedarf hier aber einer besonderen Erwähnung einmal deßhalb, weil gerade für diesen Beweis im canonischen, wie im römischen Proceße ein ganz eigentümliches, sonst gar nicht in Betracht kommendes Beweismittel Verwendung findet, nemlich die comparatio litterarum, rücksichtlich dessen ja gleichfalls die Frage erörtert werden muß, ob und durch welche Regeln oder Grundsätze die Würdigung des eben durch *dieses* Beweismittel erzielten Resultates bestimmt sei? Gesetzliche Bestimmungen des canon. Rechts liegen dießfalls nicht vor, aber schon im römischen Rechte war durch *Justinian*[2]) im Allgemeinen

---

[1]) S. I. Abschn. 4. Cap. S. 43. u. ff.

[2]) In nov. 73. pr. cap. 2. 4. 7. § 3. Noch schärfer im *Theodosischen* Codex s. *Bethmann-Hollweg* l. c. III. S. 285. Note 93. nachweist.

auf die häufige Unzuverlässigkeit dieses Beweismittels hingewiesen worden und darauf gestützt hatte die Glosse[3]) und ihr folgend ein großer Teil der älteren Doctrin[4]) die Regel aufgestellt, daß die Schriftenvergleichung nur einen halben Beweis (der Echtheit) zu erbringen vermöge. Allein diese Regel war schon von Haus aus Nichts weniger, als unangefochten[5]), sie wurde von Vielen nicht bloß wesentlich beschränkt, sondern auch ganz und allgemein verworfen[6]) und selbst diejenigen, welche daran noch festhielten, sahen sich genötigt, dieselbe mit so vielen Ausnamen, Einschränkungen und Modificationen zu umgeben, daß gerade diese Darstellungen einer sachlichen Aufhebung derselben gleichkommen[7]). Unter solchen Umständen erscheint es wol als unmöglich, daß diese Regel jemals die Bedeutung einer den Richter in der That bindenden Norm erlangt habe und kann das richterliche Ermessen auch in der Würdigung dieser Beweisführung nicht als ein durch bestimmte einzelne Regeln gebundenes, sondern nur insoferne als ein nicht vollkommen freies und unbefangenes bezeichnet werden, als es auch hier durch die oben charakterisirte allgemeine Grundauffassung geleitet ist. Sodann muß die Prüfung der Echtheit hier noch deßhalb besonders berührt werden, um im Auge zu behalten, daß sich darnach die Urkunde sehr wol nur in einem Teile ihres Inhaltes (namentlich bei vitia visibilia) als unecht erweisen kann und daß dieses Resultat, wie im I. u. II. Abschn. 4. Cap. bereits ausgeführt wurde, die Würdigung des durch die Urkunde erbrachten Beweises keineswegs in der nemlichen Weise beeinflußt, wie in dem Falle, da die Unechtheit der ganzen Urkunde

---

[3]) ad l. 31. D. de jurejur. (12. 2.) v. „exacto jurejurando"; ad l. 3. C. de reb. cred. (4. 1.). v. „decidi oportet".

[4]) Tancredus l. c. p. 4. tit. 3. § 3. c. f. S. 284; Durantis l. c. lib. II. p. 2. de prob. § 3. Nr. 25 u. 28; Mascardus l. c. Vol. I. concl. 330. Nr. 7 und die da Citirten; Menochius l. c. lib. II. cent. II. cas. 114. Nr. 6. S. auch die Nachweisungen bei Wetzell l. c. S. 215. Note 80.

[5]) Noch Tancredus sagt dießfalls l. c. nur: „Verumtamen non adhiberem plenam fidem probationi, quae fit per scripturae comparationem, nisi alia valida suffragarentur adminicula" etc. Auch Durantis sagt noch l. c. Nr. 25 nur: „Verumtamen Tancredus non adhibet plenam fidem probationi, quae fit per comparationem literae seu scripturae" etc., faßt aber gleich darauf in Nr. 28 die Sache schon weit stricter, indem er (ganz nach der Glosse) lehrt: „Secundum (genus semiplenae probationis) est per collationem alterius scripturae, ex qua non plena, sed qualisqualis sumitur probatio" etc.

[6]) S. die dießfälligen Nachweisungen bei Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 12. Nr. 2 u. 3 u. concl. 330. Nr. 8—15, der schon einen Widerspruch von Accursius selbst hervorhebt.

[7]) S. die ganze Darstellung von Mascardus l. c. in concl. 330; Menochius l. c. cas. 114; Scaccia l. c. lib. II. cap. 11. Nr. 940 u. ff; Reiffenstuel l. c. II. 22. § 5. Nr. 166. 167, der auf die Lehre der älteren Autoren verweisend erklärt: „Qui tamen nonnullas hujus dicti limitationes afferunt atque addunt, comparationem litterarum saltem semiplene probare .... vel saltem judicis arbitrio esse relinquendum, quantam fidem mereatur ejusmodi litterarum comparatio, prout melius censet Menochius. Vgl. II. Abschn. 4. Cap. Note 72.

constatirt ist. Die Beurteilung, inwieweit eine solche Urkunde zur Herstellung des erforderlichen Beweises wirke, fällt hier nicht ohneweiters weg, sondern bildet einen integrirenden und wichtigen Bestandteil der Würdigung des Urkundenbeweises.

Ob die Urkunde für den im Processe erforderlichen Beweis ein Resultat und welches sie dafür ergebe, hängt von der Beziehung ihres Inhaltes zu dem concreten Beweisthema ab und es hat demnach diese Beziehung zunächst den Gegenstand der richterlichen Prüfung zu bilden. Nach der oben (I. Abschn. 4. Cap.) erörterten Verschiedenheit des Urkundeninhaltes kann diese Prüfung nun sowol im Civil-, als auch im Strafprocesse ergeben, daß die Urkunde das Beweisthema selbst darstellt (bei Dispositivurkunden) und ist dieß der Fall, so hat der Richter mit dieser Prüfung evidentia rei constatirt, womit auch schon das Resultat, welches die Urkunde für den Beweis liefert, festgestellt ist. Denn er erkennt eben dadurch, daß das, was zu beweisen ist, ihm selbst vor Augen liegt und er sich also unmittelbar durch eigene Wahrnehmung davon überzeugen kann. Daß für die Prüfung des Inhaltes der Urkunde und seiner Beziehung zum concreten Beweisthema keine anderen, als die allgemeinen Denkgesetze maßgebend sein können, bedarf wol keiner weiteren Ausführung, es ist damit aber auch gesagt, daß die Art der Constatirung der evidentia rei hier ganz die gleiche ist, wie in allen anderen Fällen nach dem, was im 1. Capitel dießfalls bemerkt wurde.

Stellt sich der Inhalt der Urkunde nur als eine anderweitige, unter die eben besprochene Categorie nicht fallende Erklärung einer der beiden Proceßparteien selbst über das Beweisthema dar, dann hat der Richter erst zu prüfen, ob eine solche Erklärung an und für sich und speciell in dieser Form ein Ergebniß für den Beweis zu liefern vermag. Da ergibt nun schon die aprioristische Erwägung der Sachlage, daß sich eine solche Erklärung sehr wol als außergerichtliches Geständniß qualificiren kann und dann besteht die weitere Prüfung des Richters einfach in der Untersuchung, ob die allgemein rationellen und positiv gesetzlichen Erfordernisse des außergerichtlichen Geständnisses vorliegen, mit deren Constatirung auch die Beweiswirkung der (hier natürlich als echt und tadellos vorausgesetzten) Urkunde festgestellt ist. Denn daß die vorliegende schriftliche Form des außergerichtlichen Geständnisses diese Beweiswirkung nur zu kräftigen und zu erleichtern vermag, wurde bereits im I. Abschn. 4. Cap. unter 1. lit. c hervorgehoben. Sowie diese Prüfung der erwähnten Erfordernisse und der Bedeutung des schriftlichen Fixirens des außergerichtlichen Geständnisses ihrer Natur nach nur durch freie Verstandesthätigkeit des Richters erfolgen kann, so hat auch weder das canon. Recht, noch die Doctrin irgend welche Regel aufgestellt, durch welche das freie Urteil des Richters in dieser Richtung beschränkt oder gebunden würde[9]). Aus dem Begriffe des Geständnisses folgt von selbst,

[9]) S. I. (allgem.) Teil. S. 88. 89.

daß hier die Beweiswirkung immer nur gegen den Aussteller gerichtet sein kann und insoferne der Satz: scriptura probat contra scribentem nur dieses besagt und auf den hier besprochenen Fall eben beschränkt wird, ist er vollkommen richtig, er ist aber keinerlei formelle, die richterliche Würdigung des Urkundenbeweises bindende Beweisregel, sondern lediglich der begriffsgemäße Ausdruck der erörterten Qualification des Urkundeninhaltes, resp. der Urkunde. In diesem auf die Geständnißurkunde, aus deren Wesen er fließt, beschränkten Sinne gilt der genannte Satz auch allgemein und es ist ebenso unrichtig, ihn in der Richtung, daß man sagt: scriptura privata probat contra scribentem [9]), als in der Richtung, daß gesagt wird: scriptura oder scriptura privata probat plene contra scribentem [10]) einzuengen. Denn daß auf die Beweiskraft der Geständnißurkunde der Unterschied zwischen öffentlicher und Privaturkunde keinen Einfluß hat, ist im I. Abschn. 4. Cap. unter 1. lit. c. ausgeführt, und daß das durch eine solche

---

[9]) In den ordines judiciarii wird dieser Satz auch keineswegs so schlechthin ausgesprochen. Der von v. Schulte publicirte ordo judic. des Codex Bambergensis aus dem Anfange der achtziger Jahre des 12. Jahrh. (Wien 1872.) lehrt tit. 16. S. 31: „Item argumentis probatur. Horum quaedam sufficiunt, quaedam proficiunt. Unter den, quae sufficiunt (d. i. vollen Beweis machen), führt er sodann an: „instrumenta privata in proprium praejudicium emissa (ut c. 36. C. 27. q. 1, c. 16. C. 20. q. 1.), quae civili jure dicuntur apocha, antapocha. Proficiunt (d. i. zum Beweise beitragen, unvollst. Beweis machen) attestationes privatae et annotationes, sed non sufficiunt, quibus quis aliquid sibi deberi vel non dicit, vel aliquid esse vel non esse". Der wahrscheinlich noch ältere, von mir edirte ordo jud. (Innsbr. 1870.) sagt zwar tit. 14. § 5: „Hoc autem circa privata scripta generaliter sciendum est, quod omne privatum scriptum contra ipsum fit, qui ipsum conficit", fügt aber sogleich § 6 u. § 9 hinzu: Instrumenta privata „per se autem non faciunt fidem judici, ut sunt attestationes domesticae vel annotationes . . . Ista autem scripta per se judici fidem non faciunt, nisi aliquibus amminiculis adjuventur". Tancredus ordo jud. l. c. p. 3. tit. 13. § 2. S. 250 spricht nur mit Unterscheidung: „Privatorum instrumentorum tres sunt species: nam aliquando facis scripturam tibi tantum, aliquando alii tantum, aliquando tibi et alii. Illi scripturae, quam quis sibi facit, nulla fides adhibetur . . . Si autem facis alii scripturam contra te, puta creditori tuo de eo, quod accepisti ab eo, creditur ei contra te . . . Tibi et alii facis scripturam, sicut est codex rationum tuarum, cui interdum creditur". Die gleiche Unterscheidung macht der dem Joannes Andreae irrtümlich zugeschriebene, von Wunderlich (Basel 1840) edirte ordo jud. cap. 10. § 8. Durantis wiederholt l. c. lib. II. part. 2. de instrum. edit. § 7. Nr. 4 die Worte Tancred's und fügt Nr. 5 hinzu: „Regulariter ergo privatae scripturae non creditur . . ., nisi contra eum, qui scripsit . . . . Licet autem instrumenta privata per se non probent, tamen cum aliis adminiculis fidem faciunt", nachdem er schon ibidem lib. II. p. 2. de prob. § 3. Nr. 28 ganz nach der Glosse ad l. 31. D. 12. 2. v. „exacto jur." u. ad l. 3. C. 4. 1. v. „decidi oportet" bemerkt hatte: „Tercium (genus semiplenae probationis) per scripturam domesticam, quae non sola, sed cum aliis valet et sic semiplenam inducit." Allgemeine Sätze, wie die im Texte angeführten, wurden erst in der späteren Doctrin vorangestellt, um dann die fallentiae, limitationes, sublimitationes u. s. f. ausführlich behandeln zu können, s. z. B. Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 13. Vol. IV. concl. 1301; Scaccia l. c. lib. II. cap. 11. Nr. 70 u. ff. 1070 u. ff. 1233 und die da Citirten; Reiffenstuel l. c. II. 22. § 6. Nr. 170 u. ff.

[10]) z. B. Reiffenstuel l. c. II. 22. § 6. Nr. 170.

Urkunde erzielte Beweisresultat auch im canon. Processe nicht notwendig ein volles sein muß, der Richter vielmehr auch in der Würdigung des schriftlichen außergerichtlichen Geständnisses an keine feste Regel gebunden ist, wurde schon im I. (allgem.) Teile S. 89 genügend hervorgehoben. Man kann allenfalls sagen, daß die hier erörterte Qualification gewönlich nur bei Privaturkunden vorkommt und daß der Richter einem so constatirten außergerichtlichen Geständnisse aus allgemein rationellen Gründen in der Regel volle Beweiswirkung wird zuerkennen müssen, allein dieß rechtfertigt noch keineswegs jene grundsätzlichen Beschränkungen. Aus dem Gesagten folgt weiter auch, daß der Satz: scriptura oder scriptura privata pro scribente nihil probat oder scriptura propria nihil probat durchaus kein Corollar zu dem obigen Satze bildet, er steht vielmehr mit diesem in dessen wahrem, berechtigten Sinne in gar keinem inneren Zusammenhange. Denn daß einer Urkunde, die keine Geständnißurkunde ist, auch die Beweiswirkung einer solchen nicht zukomme, ist allerdings vollkommen richtig, allein das ist wol der allerletzte Sinn, auf den man bei diesem Satze verfallen dürfte. Daß aber die in einer Urkunde enthaltene Erklärung der Proceßpartei selbst über das zu beweisende Factum, welche zu deren Gunsten lautet oder überhaupt jedwede solche Erklärung resp. Mitteilung der Parteien, die nicht unter den Begriff des außergerichtlichen Geständnisses fällt', gar keine beweisende Wirkung haben könne, folgt aus dem obigen Satze keineswegs und ist auch weder in der Natur der Sache, noch im canonischen Rechte begründet[11]). Es ist eben Gegenstand ungebundener richterlicher Prüfung, inwieweit eine derartige Parteierklärung, die sich nicht als Geständniß qualificirt, im concreten Falle zur Herstellung des Beweises beizutragen vermöge, und für den canon. Proceß, in welchem der Indicienbeweis vollkommen zuläßig ist, läßt sich gewiß nicht in Abrede stellen, daß in einer solchen Erklärung, auch wenn sie sich sachlich als Selbstzeugniß der beweisführenden Partei darstellt, unter Umständen ein gewichtiges Indicium liegen kann. Denn durch die Erwägung z. B., daß die in ihren Aussagen, in Ordnung ihrer Angelegenheiten im Allgemeinen durchaus verläßliche und sorgfältige Partei die betreffende Mitteilung oder Nachricht zu einer Zeit schriftlich fixirte, zu welcher an den Proceß, in dem sie verwendet wird, noch gar nicht gedacht werden konnte und durch Umstände ähnlicher Art kann eine derartige Erklärung sehr wol die Bedeutung gewinnen, welche dem Indicium zukommt[12]) und die der Richter bei der Beweiswürdigung ebenso wenig, wie jedes andere Indicium übersehen darf.

---

[11]) Wie sich aus Note 9 klar ergibt, ist dieß auch in der älteren Doctrin durchaus nicht behauptet worden. Die Regel aber, daß die scriptura domestica semiplenam probationem inducit, ist schon von der Glosse selbst nicht streng gefaßt, sondern nur in dem Sinne aufgestellt: „quod non sola, sed cum aliis valet et sic semipl. prob. inducit."

[12]) Dieß hebt auch schon Schmalzgrueber l. c. p. III. tit. 22. § 3. Nr. 57 trotz des Satzes: „Instrumenta privata . . . pro scribente ordinarie nihil probant" (Nr. 56) hervor, indem er zu „nihil probant" bemerkt: „h. e. nec plenam, nec semiplenam proba-

Durch die Befangenheit in der allgemeinen, im canon. Processe theoretisch und practisch herrschenden Grundauffassung über das Wesen der Beweisprüfung erscheint der Richter zwar auch in den bereits erörterten Fällen darauf hingeleitet, die Beweisresultate nach Bruchteilen zu veranschlagen und in der Zusammensetzung arithmetisch zu verwerten, aber eine bestimmte Regel, durch welche diese Bemessung ihm vorgeschrieben, seine dießfällige Beurteilung überhaupt gebunden würde, ließ sich bisher nicht nachweisen. Anders ist dieß jedoch, wenn die Urkunde eine Aussage dritter Personen über das Beweisthema enthält. Hier ist der Richter durch die stricte Regel gebunden, daß die öffentliche Urkunde vollen Beweis macht [13]); sobald also der Inhalt derselben das Beweisthema vollkommen deckt, ist die Herstellung des Beweises im Civil-, wie im Strafprocesse constatirt. Bei dem Zustande, in welchem sich das Urkundenwesen zur Zeit der Herrschaft des canon. Processes befand, blieb zwar der Beurteilung des Richters ein Spielraum für die Prüfung, ob der vorliegenden Urkunde der Charakter einer öffentlichen zukomme, doch dieß betrifft nicht die Beweiswürdigung, da diese eben erst eintritt, wenn die dießfällige Qualität der Urkunde feststeht. Daß die genannte Regel auf gewichtigen Gründen beruht, erhellet nicht bloß aus dem im I. Abschn. 4. Cap. 1. b. schon Gesagten, sondern auch daraus, daß selbst die neuesten Proceßgesetze und Entwürfe trotz des acceptirten Grundsatzes der freien Beweiswürdigung dieselbe beizubehalten genötigt sind [14]). Nichtsdestoweniger ist dieselbe ganz ebenso, wie die beim Zeugenbeweise erörterten, eine rein formelle Beweisregel und muß überall, wo sie neben dem Principe der freien Beweisprüfung erscheint, als eine Beschränkung desselben bezeichnet werden [15]). Rücksichtlich der Privaturkunden dagegen, welche ein Zeugniß oder Sachverständigengutachten enthalten, besteht keinerlei Regel, die dem Richter den Beweiswert derselben vorzeichnen würde, namentlich auch nicht die Regel, daß dieselben gar Nichts beweisen [16]). Mit der Natur der Urkunde ist nur von selbst gegeben, daß sie weder im Processe überhaupt, noch für den Beweis insbesondere als Zeugenaussage, resp. als Gutachten Sachverständiger wirken kann, da die zur Eigenschaft und Beweiskraft dieser notwendigen Erfordernisse hier eben begriffsmäßig fehlen. Daß aber auch eine Aussage oder Mitteilung bezüglich

---

tionem faciunt. Hoc tamen non obstante inducunt praesumptionem seu conjecturam aliquam, cum non sit verisimile, quempiam falsam fecisse scripturam propter timorem poenae falsi".

[13]) S. oben I. Abschn. 4. Cap. Note 34—39.

[14]) S. den Entwurf einer neuen österr. C.-P.-O. § 349 u. ff; die C.-P.-O. für das deutsche Reich § 380 u. ff.

[15]) Wie dieß auch die Motive zur Regierungsvorlage der deutschen Reichs-C.-P.-O. (Berlin 1874) S. 475 offen erklären.

[16]) Eine derartige allgemeine Regel ist auch von der alten Doctrin nicht aufgestellt worden, vgl. oben Note 9. Die Unterscheidungen aber, die hier gemacht wurden (s. Endemann Beweislehre. § 68) betreffen die Qualification des Urkundeninhaltes, die natürlich für die Beweiskraft jeder Urkunde entscheidend ist.

des Beweisthema's, wie sie hier vorliegt, für den Beweis von Belang sein und insbesondere zur Herstellung des Indicienbeweises wesentlich beitragen kann, liegt auf der Hand und eben dieß ist es, was der Richter, der kein Beweismoment unbeachtet lassen darf, hier durch freie Erwägung zu prüfen und zu bestimmen hat.

Die vorstehende Erörterung der Würdigung des durch Urkunden erzielten Beweisresultates hat eine in ihrer Ausfertigung und Form vollkommen tadellose Urkunde zur Voraussetzung. Ist nun aber die Urkunde dießfalls mit Mängeln behaftet, so bildet es selbstverständlich einen wesentlichen Gegenstand der dem Richter obliegenden Beweiswürdigung, zu prüfen, inwieweit durch dieselben das Beweisresultat beeinflußt wird. Bestimmte Regeln hat für diese Prüfung das canon. Recht selbst nicht gegeben und daß auch die dießfälligen formalistischen Bestrebungen der Doctrin sich schließlich doch nicht erwehren konnten, die entscheidende Bedeutung des auf freie Beurteilung des concreten Falles angewiesenen richterlichen Ermessens anzuerkennen, wurde bereits früher[17]) dargelegt. Sowol von den bezüglich der Privaturkunden, als von den über vitia visibilia aufgestellten doctrinellen „regulae" ist das Nemliche zu bemerken, was oben beim Zeugenbeweise (S. 303) über dieselben gesagt wurde. Ganz das Gleiche gilt auch für die Bestimmung der einer beglaubigten Abschrift beizumessenden Beweiswirkung, sowie für die Feststellung des Resultates, wenn dem Hauptbeweise ein, sei es wieder mit Urkunden oder mit andern Beweismitteln geführter Gegenbeweis gegenübersteht. Die Anerkennung, daß im Grunde gar Niemand hiefür „certam formam seu doctrinam dare potest[18])", war in der Doctrin hier immer viel offener, allgemeiner und entschiedener, als bei anderen Fragen, in denen das freie Urteil des Richters ja auch nie ganz ausgeschlossen werden konnte, und wenngleich nicht außer Acht gelassen werden darf, daß beim Bestande der wiederholt erwähnten allgemeinen Grundauffassung über das Wesen der Beweisprüfung der Richter im canon. Processe auch in den genannten Richtungen zu einer durchaus ungebundenen, rationellen Würdigung nicht gelangen konnte, so kann hier doch nicht gesagt werden, daß dem Urteile des Richters eine Reihe starr abstracter Regeln aufgenötigt war, welche der eigenen Erwägung desselben jeden Spielraum entzogen.

---

[17]) S. oben I. Abschn. 4. Cap. S. 59. 60. u. II. Abschn. 4. Cap. a) S. 217—219.

[18]) Wie dieß Pillius l. c. p. 3. § 14. S. 75 ausdrückt; Tancred sagt dießfalls l. c. p. 3. tit. 13. § 6. S. 255: „.... in hoc casu discretus judex considerare debet, quod eorum magis conveniat naturae negotii et quod magis verisimile videtur et secundum illud sententiam proferat" etc. Ebenso Durantis l. c. lib. II. p. 2. de instrum. edit. § 8. Nr. 15. 16. Vgl. Mascardus l. c. Vol. I. quaest. 6. Nr 2 u. ff.; Menochius l. c. lib. II. cent. II. cas 90. Nr. 4. cas. 105. Nr. 33 u. ff.; Reiffenstuel l. c. II. 19. § 4. Nr. 73 u. ff.; München l. c. I. S. 166.

5. Capitel.

Beim Beweise durch den Eid.

Das Resultat, welches durch den Eid der Partei für den Beweis erbracht wird, ist schon durch die gesetzliche Zulassung desselben als Beweismittel im Processe selbst bestimmt. Soweit diese Zulassung reicht, beruht sie eben auf der Anerkennung, daß der im Eide liegenden feierlichen Bekräftigung die Wirkung der für das Erkenntniß des Richters erforderlichen Beweisherstellung über die Thatsache, rücksichtlich deren sie in der gesetzmäßigen Weise ist geleistet worden, zukomme und darnach kann für die Thätigkeit des Richters, nachdem der Eid in solcher Weise wirklich abgelegt worden ist, nichts Anderes erübrigen, als dieß zu constatiren[1]). Es wäre mit der Auffassung des zum Zwecke des Beweises herangezogenen Eides als einer heiligen, gottesdienstlichen Handlung, wie sie ja gerade im canonischen Rechte vorwaltet, unvereinbar, die Herstellung des Beweises rücksichtlich des gesetzmäßig Beschworenen noch in Frage stellen zu lassen. Die Prüfung und Erwägung des Richters hat, wie die Darstellung des Verfahrens im II. Abschn. ergibt, berechtigten Spielraum nur, solange es sich noch um die Zulassung und Ablegung des Eides handelt; die Wirkung des einmal abgelegten und ebenso des erlassenen und des verweigerten Eides bildet gar keinen Gegenstand der richterlichen Beurteilung im concreten Falle. Damit ist aber auch der Charakter der Beweisführung durch den Eid als ein formeller gekennzeichnet, u. z. viel durchgreifender, als bei irgend einem anderen Beweismittel, da dem Richter hier nicht bloß eine bestimmte Regel vorgeschrieben ist, nach welcher er das erzielte Beweisresultat zu bemessen hat, sondern das Bemessen oder Abwägen selbst entzogen ist. Diese Eigentümlichkeit ist durch die Natur der im I. Abschn. 5. Cap. erörterten Beweisgründe gegeben und entzieht dem Eide über Thatsachen (im Gegensatze zum Eide über das Rechtsverhältniß

---

[1]) Dieß wird auch in den Motiven der neuesten auf dem Principe der freien Beweisprüfung beruhenden C.-P.-Gesetze, die den Parteieneid noch beibehalten, ausdrücklich betont. So bemerken die Motive zur Regierungsvorlage der C.-P.-O. für das deutsche Reich (Berlin 1874) S. 475: „Bei Würdigung der Beweiskraft des Eides muß das richterliche Ermessen nach der Natur der Sache ausgeschlossen bleiben. Soll dem vor Gericht abgelegten Eide der Charakter einer ernsten, heiligen und den Streit über die zu beschwörende Thatsache entscheidenden Handlung gewahrt bleiben, so muß der Richter das Beschworene als wahr betrachten, solange nicht der Partei, welche den Eid geleistet hat, eine Verletzung der Eidespflicht nachgewiesen ist. Dasselbe gilt von der Erlassung des Eides und von der Verweigerung der Eidesleistung: auch in diesen Fällen ist für das richterliche Ermessen kein Raum vorhanden." Gesetzgebungen, welche sich zu solcher Anerkennung nicht zu entschließen vermögen, können auch den Eid als selbstständiges Beweismittel gar nicht zulassen, wie z. B. der Entw. der neuen österr. C.-P.-O. und das österr. Ges. über das Bagatellverf. (s. oben I. Abschn. 5. Cap. Note 7.). So neuestens auch Heusler l. c. S. 303. 304. 309. 310.

im Ganzen) noch durchaus nicht den Charakter eines Beweismittels, weil dieser von dem Erfordernisse eines besonderen Beweiswürdigungsactes ebenso wenig, als von der freieren oder beengteren Gestaltung desselben abhängt.

Die verschiedene Art, in welcher der Parteieid für den Beweis im Processe verwendet wird, begründet für die hier zu erörternde Frage keinen Unterschied. Beim Erfüllungseide hat es zwar den Anschein, als ob der eidlichen Bekräftigung nur eine teilweise (unvollständige, resp. vervollständigende) Beweiswirkung zuerkannt sei, wie es sich schon in der Benennung und in der von dieser ausgehenden, gewönlichen Behandlung dieses Eides ausspricht. Allein der Grund, weßhalb hier der Eid mit einem bereits vorhandenen unvollständigen Beweisresultate zusammentreffen muß, liegt nicht in der Anschauung, daß hier insbesondere die eidliche Bekräftigung nur eine teilweise oder unvollständige Beweiswirkung verdiene, sondern in der sehr richtigen, allgemeinen, auch beim Haupt- oder Schiedseide wirksamen Idee, daß dem Eide der Partei nicht ohneweiters, sondern nur unter gewissen Garantieen die beweisende Wirkung zuerkannt werden könne. Daß ihm eine andere, als die volle, oder in dem einen Falle eine größere, in dem anderen eine geringere Beweiswirkung zuzuerkennen sei, daran konnte das canonische Recht wenigstens bei seiner Auffassung des Eides gar nicht denken. Sowie aber beim Haupteide diese Beweiswirkung nur dann anerkannt wird, wenn die Proceßpartei selbst durch die Delation, resp. Relation an das auf die eidliche Bekräftigung des Gegners zu setzende Vertrauen appellirt, so soll sie auch hier nur dann eintreten, wenn die Partei schon anderweitig Gründe für die Glaubwürdigkeit des zu Erweisenden beigebracht hat. In Bezug auf den der eidlichen Betheuerung beizumessenden Beweiswert stehen Haupt- und Erfüllungseid einander gleich, sie unterscheiden sich nur durch die Umstände, durch welche das Vertrauen auf denselben gegenüber den mannigfachen Bedenken dagegen noch besonders gerechtfertigt werden und ohne welche derselbe im Processe überhaupt gar nicht anerkannt werden soll[2]). Und ähnlich verhält es sich mit dem Würderungs- oder Schätzungseide. Da kann der Richter allerdings auch nach gesetzmäßig abgelegtem Eide noch auf einen geringeren, als den beschworenen Betrag erkennen, ja den Gegner der schwörenden Partei selbst ganz absolviren[3]); doch auch dieß beruht nicht darauf, daß hier der eidlichen Bekräftigung nur eine mindere, oder gar keine Beweiswirkung zuerkannt würde, sondern hat seinen Grund in dem eigentümlichen Gegenstande, resp. in den besonderen Verhältnissen dieses Eides. Hier soll die Begünstigung, welche einerseits der Lage des Schwörenden, und die Bestrafung, welche andererseits dem Dolus oder der Renitenz des Gegners gebührt, die Bedenken überwinden, die der Anerkennung der Beweisherstellung durch den Eid der Partei im Processe entge-

---

[2]) Deßhalb wurden diese Umstände oben im I. Abschn. 5. Cap. auch als Momente dargestellt, welche die Beweiswirkung des Eides im Processe wenigstens mittelbar mitbegründen.

[3]) S. oben II. Abschn. 5. Cap. a. γ. Note 9.

genstehen[4]) und mit Rücksicht darauf ist es ganz angemessen, diese Anerkennung nur in Verbindung mit dem erwähnten Moderirungsrechte des Richters eintreten zu lassen, weil der concrete Fall für diese strafende, resp. begünstigende Tendenz eben nur eine geringere oder gar keine Eignung haben kann.

Von einem Proceßrechte, welches den Eid überhaupt als Beweismittel anerkennt und zuläßt, kann sonach schon deßhalb allein eigentlich nicht mehr gesagt werden, daß es eine rein materielle Beweistheorie habe. Denn wenngleich triftige, durchaus rationelle Gründe für die Ueberzeugungskraft der eidlichen Betheuerung vorliegen, so sind sie doch derart, daß die an der Heiligkeit des Eides festhaltende Gesetzgebung die Entscheidung darüber, ob dieselben auch im concreten Falle wirklich vorliegen, nicht von der freien Beurteilung des Richters, sondern nur von dem Vorhandensein bestimmter, von Vornherein festgestellter Erfordernisse für die Zulassung des Eides abhängig machen kann und dadurch ist eben die Qualificirung der Behandlung dieses Beweises als einer materiellen ausgeschlossen.

---

6. Capitel.

Beim Indicien- und zusammengesetzten Beweise.

Nach dem bisher Gesagten erscheint dem Acte der Beweiswürdigung im canonischen Processe sowol in, als außer Strafsachen ein formeller Charakter nicht bloß dadurch aufgeprägt, daß in der That einzelne streng formelle Regeln und Gestaltungen[1]) vorliegen, welche an Stelle der eigenen Erwägung und Beurteilung des Richters das Beweisresultat bestimmen, sondern auch und mehr noch dadurch, daß Theorie und Praxis des canon. Processes in einer Auffassung des ganzen Wesens der Beweiswürdigung befangen sind, welche auch dort, wo solche Regeln nicht vorliegen und die im Grunde doch erst entscheidende Bedeutung des freien richterlichen Ermessens keineswegs verkannt ist, ein bruchteil- oder ziffermäßiges Veranschlagen und Bewerten der verschiedenen Beweisresultate zur fast unvermeidlichen Folge hat. Darin liegt aber auch das Maßgebende

---

[4]) S. oben I. Abschn. 5. Cap.

[1]) Erstere beim Zeugen-, Sachverständigen- und Urkundenbeweise, letztere nach Darstellung des vorigen Capitels beim Beweise durch den Eid. Dazu kommen noch alle jene positiv gesetzlichen Bestimmungen, welche als Strafe für doloses Verhalten der Proceßpartei oder als Contumacialfolge den Richter verpflichten, eine bestimmte Beweiswirkung als erbracht, eine Thatsache als wahr oder als zugestanden, resp. des Beweises nicht bedürftig zu betrachten, wie z. B. bei verweigerter Beantwortung der gestellten Positionen (s. I. Teil. S. 72. 73. und hier II. Abschn. 2. Cap. Note 5.), beim Verluste des Originals einer Urkunde (s. oben II. Abschn. 4. Cap. S. 197), bei Editionsverweigerung (II. Abschn. 4. Cap. S. 206), bei Verweigerung der Erklärung auf die Eidesdelation (II. Abschn. 5. Cap. S. 238.), ferner die Bestimmungen I. S. 47. 55. 59. 60. 62. II. S. 249. 254. 255. 272. u. v. a.

für die Behandlung des zusammengesetzten Beweises. Denn es ist offenbar, daß der Richter, welcher nicht spontan, nach zufälliger individueller Anschauung, sondern geleitet und gedrängt von der die Sache principiell behandelnden Doctrin die in der Beweisprüfung ihm obliegende Aufgabe so erfaßt, daß er von einem Beweisganzen ausgeht, für welches die, sei es nach bindender Regel (wie bei der Aussage bloß Eines vollkommen tadellosen Zeugen) oder nach seinem eigenen freien Urteile (wie in den meisten übrigen Fällen) constatirten unvollständigen Beweisresultate einen halben und mehr oder weniger, als halben Erfolg liefern, beim Zusammentreffen mehrerer solcher unvollständiger Beweisresultate, mögen dieselben nun durch gleiche oder verschiedenartige Beweismittel geboten sein, regelmäßig auf den Weg vorwiegend arithmetischer Operation geraten und auf diesem um so sicherer verharren wird, je wesentlicher seine Aufgabe dadurch erleichtert ist. Die Zusammensetzung des Ganzen durch bloße Addition ist eben nur eine Consequenz der Existenz bestimmter, zu dieser mechanischen Operation geeigneter Teile und mit der principiellen Anerkennung und Festhaltung solcher sofort eingeleitet oder doch nahegelegt. Daß damit aber die Behandlung des zusammengesetzten Beweises, obgleich weder das canonische Recht eine ziffermäßige Wertbestimmung der von demselben wiederholt erwähnten[2]) unvollständigen Beweisresultate enthält, noch die Doctrin im Stande war, überall eine solche numerische Bemessung durch feste und erschöpfende, den Richter bindende Regeln für dieselben durchzusetzen, einen formellen Charakter gewinnt, bei welchem das für die rationelle Beweiswirkung entscheidende Ineinandergreifen der einzelnen, für sich unzureichenden Beweisergebnisse außer Acht gerät oder doch in den Hintergrund tritt, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Der Umstand aber, daß diese Behandlung des zusammengesetzten Beweises im canonischen Processe nicht durch einzelne bestimmte Regeln, welche jedem dabei in Anschlag kommenden (unvollständigen) Beweisresultate seinen fixen Wert anweisen, sondern nur durch die erwähnte allgemeine Auffassung über die Natur der Beweisprüfung, welche oben im 2. Cap. näher charakterisirt wurde, erzeugt ist, hat eine sehr wichtige Bedeutung. Dieser allgemeinen Auffassung stehen eben andere allgemeine, im canonischen Processe wirkende Factoren[3]), so namentlich die das ganze Verfahren beeinflußende Rücksicht auf die Natur der in demselben verhandelten Rechtssachen und die stetige, nachdrückliche

---

[2]) c. 4. X. de in integr. rest. (1. 41. „non ad plenum constare.“); c. 10. 28. X. de test. et attest. (2. 20.); c. 36. X. de jurejur. (2. 24.); c. 18. X. de sent. et re jud. (2. 27. „minus sufficienter probare.“). In c. 8. de haeret. in VI^{to}. (5. 2.) wird das „plene probare“ einerseits der „magna et vehemens suspicio“, andererseits der „levis et modica suspicio“ gegenübergestellt und die dortige Behandlung dieser beiden zeigt wol deutlich, wie die erstere susp. als dem vollen Beweise nahestehend, die letztere dagegen als von demselben entfernt betrachtet wird.

[3]) S. die nähere Ausführung und Nachweisung derselben bei Hinschius Beitr. zur Lehre v. d. Eidesdelat. S. 86 u. ff.

Betonung der Gesetze, daß es die erste und vornemlichste Verpflichtung des Richters ist, überall den wahren Sachverhalt, also wirkliche (materielle) Wahrheit zu constatiren, gegenüber und wenngleich dieselben nicht die Kraft hatten, das Durchgreifen und Vorwalten jener formellen Grundauffassung über das Wesen der Beweiswürdigung zu verhindern, so behielten sie doch immer soviel Macht, um die extrem-formelle Gestaltung der Beweistheorie überhaupt und des Gebietes des unvollständigen und zusammengesetzten Beweises insbesondere fernzuhalten. Schon die Fixirung der einzelnen unvollständigen Beweisergebnisse muß auf diesem Wege keineswegs so scharf und durchgreifend erfolgen, wie durch bestimmte, feste Regeln. Der in der genannten Grundauffassung befangene Richter wird allerdings auch die seiner freien Bemessung überlassenen Beweisresultate in dem bezüglichen Denkprocesse zu einem gewissen Bruchteile des Beweisganzen veranschlagen, allein er ist durch Nichts gedrängt, diese Bemessung als eine so unverrückbare und selbstständige Grundlage für die weitere Operation zu behandeln, wie sie durch eine bindende Regel gegeben würde. Unter dem Einfluße der oben angeführten, auf seine gesammte processualische Thätigkeit einwirkenden Momente kann er trotz der erwähnten Befangenheit das quantitativ Unbestimmbare an einer solchen, ihm eben nur im Allgemeinen als für sich allein unzureichend, aber doch nicht geradezu belanglos erscheinenden Beweiswirkung wol niemals ganz verkennen und schwerlich auch zu der Annahme gelangen, daß sich eine solche Wirkung isolirt, ohne Zusammenhang mit dem übrigen Beweismateriale überhaupt abschätzen lasse. Das wären wol natürliche Consequenzen bestimmter dießbezüglicher Regeln[4]), aber es sind, selbst abgesehen von dem durch die bezeichneten anderweitigen, allgemeinen Factoren gelieferten Gegengewichte, nicht Folgen, welche schon die erwähnte Grundanschauung mit sich bringt. Darnach aber erscheint der formelle Charakter der Beweiswürdigung sowol auf dem Gebiete des unvollständigen, als des zusammengesetzten Beweises sehr wesentlich gemildert. Daß der Richter jedes einzelne unvollständige Beweisergebniß nur isolirt und streng numerisch bestimme und somit auch bei der Constatirung zusammengesetzten Beweises nur eine rein mechanische Operation vollziehe (wie dieß beim Vorhandensein specieller, den Richter auf Schritt und Tritt bindender Regeln allerdings der Fall wäre), läßt sich demnach ebenso wenig behaupten, als daß er in der Würdigung unvollständiger Beweisresultate und somit auch des zusammengesetzten Beweises durchaus unbefangen vorgehe und (wie es bei richtiger Erkenntniß des eigentlichen Wesens der Beweiswürdigung der Fall wäre) lediglich nach freier, rein rationeller Beurteilung des concreten Falles das Gesammtresultat ziehe, ohne sich Rechenschaft darüber geben zu wollen und zu können, welchen quantitativen An-

---

[4]) Vgl. Endemann Beweislehre S. 630. 631, wo auch ohneweiters von dem Bestande „starr abstracter und dadurch unwahrer Sätze", die in allen ihren Consequenzen und Details als „unumstößliches Dogma" wirken, ausgegangen ist.

teil jeder einzelne in Betracht kommende Beweiseffect daran nehme. Der Richter im canonischen Processe ist hier, wie in der Beweisprüfung überhaupt befangen durch die wiederholt betonte, der wahren, unvertilgbaren Natur der Beweiswürdigung widersprechende Vorstellung von dem Wesen der dießfälligen richterlichen Aufgabe, aber diese Befangenheit wird abgeschwächt durch andere, allgemeine entgegenwirkende Factoren und konnte deßhalb nie so tief eingreifen, daß jedes einzelne als unvollständig erkannte Ergebniß zu isolirter Betrachtung und fester, numerischer Bemessung gelangt und eine Mehrheit derselben sodann rein arithmetisch zusammengesetzt worden wäre.

Wenn sich sonach schon beim unvollständigen und beim zusammengesetzten Beweise die Einwirkung dieser im canonischen Processe unangefochten herrschenden allgemeinen Auffassung der Beweiswürdigung auf eine bloß formelle Behandlung derselben nur als eine schwache, nicht tiefgreifende ergibt, so darf sie betreffs der Bestimmung des Beweiswertes der einzelnen Indicien und der Behandlung des Indicienbeweises im Ganzen als nahezu machtlos bezeichnet werden. Daß specielle bestimmte Regeln für die Bemessung des Anteiles, der dem einzelnen Indicium an der Beweiswirkung zukomme, im canonischen Rechte selbst ebenso wenig vorliegen, als für die Taxirung eines unvollständigen Beweisergebnisses, wurde bereits im I. Abschn. 6. Cap. näher ausgeführt und daß auch die Doctrin mit der in den weitläufigsten Erörterungen der praesumptiones, indicia und conjecturae unternommenen Prüfung und Feststellung aller möglichen, für den Beweis irgend relevanten Folgerungen von einer Thatsache auf die andere für Ersteres noch weniger zu leisten vermochte, als für Letzteres, darüber gewährt jede dießfällige Darstellung volle Ueberzeugung. In der Erörterung des der Aussage nicht vollkommen qualificirter Zeugen, mangelhaften Urkunden u. dgl. beizumessenden Beweiswertes erscheinen die von der Doctrin zu Wege gebrachten Resultate, obgleich auch diese, wie schon früher ausgeführt wurde, die Bedeutung und Macht bindender Regeln nicht erlangten, doch wenigstens äußerlich als starr abstracte, dem Urteile des Richters sich aufdrängende Sätze („regulae") hingestellt[5]; in der Untersuchung der Beweiskraft der praesumptiones (hominis natürlich im Gegensatze zu den pr. juris), indicia und conjecturae aber[6] wird sofort mit der Erklärung begonnen: „scire debes, quod secundum omnes (doctores) in materia indiciorum non potest dari certa doctrina, sed totum relinquitur arbitrio boni viri, scilicet judicis, qui secundum qualitatem personae et delicti et demonstrationum seu suspicionum judicabit indicium esse sufficiens vel non"[7] und damit wol zur Genüge bekundet, daß

---

[5]) Vgl. oben III. Abschn. 2. Cap. S. 301—304.

[6]) S. die Citate oben im I. Abschn. 6. Cap. Note 19. 20.

[7]) Jul. Clarus l. c. lib. V. § fin. quaest. 20. Nr. 1, was sowol hier zum Schlusse, als auch anderwärts (z. B. eod. quaest. 64. Nr. 13) wiederholt betont wird: „praesupposita tamen semper supradicta conclusione, quae per omnes Doctores

der Doctrin ſelbſt hier weit mehr, als auf jedem anderen Gebiete des Beweiſes die Meinung und die Abſicht fremd iſt, allgemein giltige abſtracte Regeln wie ſtarre Dogmen aufzuſtellen, daß es ihr mit den dießbezüglichen Deductionen und deren Reſultaten vielmehr wirklich nur darum zu thun iſt, die „leitenden Grundſätze zu erläutern und wieder auf dieſelben zurückzuführen, ohne die Folgerungen dem ſelbſtſtändigen Urteil als abſtracte Regel aufzudrängen“ [8]), um damit zu betonen und zu zeigen, daß das hier allein entſcheidende „arbitrium“ des Richters doch „debeat esse regulatum, id est debeat regi secundum jura et aequitatem, non autem pro mera judicis voluntate assumi [9])“. Der Mangel der feſten formellen Vorausſetzung für die Qualificirung der zur Würdigung und Conſtatirung des Indicienbeweiſes erforderlichen richterlichen Thätigkeit als einer lediglich mechaniſchen tritt alſo hier noch eclatanter hervor, als beim zuſammengeſetzten Beweiſe und ähnlich drängt auch die Natur der einzelnen Indicien und des Indicienbeweiſes im Ganzen den Einfluß, welchen die feſtſtehende allgemeine Vorſtellung von einem ganzen, halben, mehr und weniger, als halben Beweiſe auf die richterliche Denkthätigkeit ſachgemäß übt, hier noch mehr zurück, als dieß beim zuſammengeſetzten Beweiſe der Fall iſt. Denn die Schlußfolgerung, welche das Charakteriſtiſche des Indiciums bildet, iſt auch der gemilderten, unſicheren formellen Bewertung, zu welcher die Befangenheit des Richters in dieſer allgemeinen Vorſtellung drängt und deren Anwendung auf die Würdigung der Ausſage verdächtiger Zeugen, mangelhafter Urkunden u. dgl.

---

traditur, quod in hac materia indiciorum non potest dari certa regula, sed multum judicis arbitrio committitur.“ Klar und beſtimmt iſt auch hier wieder die Darſtellung Reiffenſtuel's l. c. II. 23. § 2. Nr. 32. 33., die deßhalb hier folgen möge: „Praesumptio hominis (effectus indiciorum nach § 1. Nr. 8, bezüglich welcher (indicia) ibid. Nr. 17 gleichfalls bemerkt wird: „Porro quaenam indicia in casibus particularibus sint levia vel gravia adeoque sufficientia ad capturam vel inquisitionem aut torturam, prudentis judicis arbitrio est relinquendum“) . . . prudenti judicis arbitrio relinquitur ac tantum probat, quantum secundum subjectam materiam et spectata indiciorum gravitate judici videbitur. Ita Abbas . . ., ubi inter alia dicit, quod de his non possit dari certa regula, sed juxta quod indicia stringunt, praesumptio faciet gradum probationis, atque amplius tradit idem Abbas . . . . Bartolus . . . Menochius . . . Mascardus . . . et alii. Ratio est, quia ubi judex non potest perduci ad veram scientiam facti per aliquem sensum corporeum, debet is animi sui motum informare ex argumentis et testimoniis, quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit . . . . Atqui hoc ipsum non est aliud, quam relinquere arbitrio judicis, quantum in casibus specificis probent singula argumenta seu conjecturae, sicque quantum gradum probationis praesumptio inde resultans efficiat. Accedit, quod generatim quaenam probatio hic et nunc sit plena et concludens necne, judicis arbitrio relinquatur . . . . . Atqui nequit certa regula generalis dari, quaenam indicia in singulis casibus specificis sufficiant ad generandum hanc vel illam praesumptionem, ergo non nisi prudenti judicis arbitrio oportet istud relinquere (relinqui) determinandum.“

[8]) Endemann Beweislehre S. 631.

[9]) Reiffenſtuel l. c. II 23. § 1. Nr. 17, worauf ſodann § 2. Nr. 33. i. f. die ganz beſtimmte Bemerkung folgt: „Verum ponendo (?) regulas quasdam generaliores ad regulandum seu rite informandum arbitrium judicis accommodas (?)“.

sich wol begreift, absolut unzugänglich und so wenig sich denken läßt, daß selbst der dießfalls befangenste Richter solcher Schlußfolgerung für sich allein einen festen, wenngleich durch einen noch so geringen Bruchteil ausgedrückten Beweiswert beimesse, ebenso wenig ließe es sich begreifen, wie der denn doch gebildete und denkgeübte Richter das für die Beweiswirkung hier erst entscheidende Zusammentreffen und Ineinandergreifen der einzelnen Indicien zu irgend einem quantitativ bestimmten Beweiswerte zu veranschlagen oder ganz zu übersehen vermöchte. Beim Indicienbeweise kommt zu den erwähnten, einer streng formellen Gestaltung der Beweiswürdigung im canonischen Processe überhaupt entgegenwirkenden Factoren noch das unverwischbare Moment hinzu, daß sich das Materiale desselben gegen jedwede formelle Behandlung entschieden sträubt und dadurch ist die oben erörterte, von der herrschenden Grundauffassung des Wesens der Beweisprüfung ausgehende Einwirkung hier wol ganz paralysirt. Es liegt sonach im canonischen Processe Nichts vor, was für den Indicienbeweis eine andere Behandlung bewirken oder rechtfertigen würde, als diejenige (durchaus materielle), welche das im I. Abschn. 6. Cap. dargestellte Wesen desselben unabweislich fordert und das, was vom reinen Indicienbeweise gesagt werden muß, gilt nicht minder für den Fall, wo neben Indicien auch unvollständige Ergebnisse anderer Beweismittel zur Herstellung des Beweises mitwirken; denn in dieser Verbindung kann eben nur ein weiterer Grund gegen eine formelle Behandlung des Ganzen erblickt werden.

Beilagen.

Im erzbischöflichen Archive zu Udine befinden sich in der Abteilung: „Protocolla curiae patriarchalis Aquilegensis“ zalreiche Bände deutlich geschriebener Gerichtsprotocolle, welche die vor dem Gerichte der ehemal. Patriarchen von Aquileja im 15. Jahrhunderte stattgehabten Proceßverhandlungen enthalten. Durch die freundliche Vermittlung des steiermärkischen Landesarchivars Herrn Prof. J. von Zahn, dem ich hiemit verbindlichen Dank sage, war es mir ermöglicht, jene Bände, welche die Acten der Jahre 1448 und 1449, 1492 bis 1498 enthalten, hier in Graz zu benützen und ich glaube in denselben ein um so wertvolleres Material für die Erkenntniß und Darstellung des canonischen Processes gewonnen zu haben, als sie die Praxis des canonischen Processes gerade jener Zeit nachweisen, in welcher derselbe auf dem Höhepunkte seiner Ausbildung und Anwendung stund und denselben in jener Gestalt zeigen, in welcher er unmittelbar darnach in den deutschen Reichskammergerichtsproceß überging, und als aus den wenigen, im Texte (S. 122. Note 10. S. 123. N. 12 u. a.) gelegentlich angeführten, selbstständig edirten Proceßacten, sowie aus dem in den großen Urkundenwerken und Sammlungen (s. die Angabe der nur auf Italien bezüglichen bei Hinschius Beiträge zur Lehre v. d. Eidesdelation S. 67. Note 1., wozu jetzt noch besonders hinzukommt: J. Ficker „Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens“ (Innsbruck 1868—1874), namentlich 4. Band und „Beiträge zur Urkundenlehre“ (Innsbruck 1877. 1878) 2 Bände) zerstreuten Materiale nur ein unvollständiges Bild dieser Praxis zu gewinnen ist.

Deßhalb erscheint es mir geboten, der voranstehenden Darstellung aus diesen Protocollen eine Auswal nicht bloß von solchen Acten, welche die Gegenstände dieses II. (besonderen) Teils der behandelten Beweistheorie betreffen, sondern auch von solchen beizulegen, welche sich auf den schon im I. (allgemeinen) Teile erörterten Stoff beziehen und behalte mir vor, auch die anderen, nicht auf den Beweis sich beziehenden Proceßacten, die ich aus den genannten Protocollen und anderweitig gesammelt habe und die ich für wertvolles Material zur Bearbeitung des canonischen Processes halte, seinerzeit abgesondert zu publiciren.

I. Augenſchein.

1. 1448. Auguſt 13. (Band v. Jahre 1448. fol. 53ᵛ). Coram Reuerendo patre Domino Guarnerio de Artenea, plebano St. Danielis et pro Reuerendissimo in Christo patre et Dom. Dom. Ludouico miseratione diuina tituli St. Laurentii in Damaso presbytero cardinali, camerario apost. sancteque Aquilegensis ecclesie patriarcha etc. in eadem diocesi et prouincia Aquilegensi in spiritualibus Vicario generali Utini in domo sue solite habitationis super salla, quem locum sibi pro juridico elegit et deputauit, (oder: in camera ejusdem R. D. Vicarii, quem locum sibi pro juridico elegit et deputauit) ad jus reddendum pro tribunali sedente[1]) constitutis egregio D. Joh. de Melso procuratore Blasii de Cauoriacho una cum Dominico filio dicti Blasii parte ex una et Joh. Gambarello tamquam camerario ecclesie de Lauzana una cum mag. Nicolao Barbitonsore de Coloreto nomine dicte ecclesie parte ex alia. Ubi quidem prefati D. Joh. et Dom. nomine dicti Blasii petiit ipsos Joh. Gamb. camerarium et Nicol. nomine dicte ecclesie compelli ad reuocandum licentiam sibi datam de quodam bono ipsius ecclesie et ad permittendum ipsum tenere ipsum bonum. Dicti autem Joh. et Nic. nomine dicte ecclesie dixerunt non debere compelli ad predicta, quia idem Blasius non reparauit terrenum, prout tenetur. Quibus sic peractis tandem prefatus R. D. Vicarius ad requisitionem predictarum partium dictis nominibus requirentium deliberauit uelle accedere ad uisitandum ipsam ecclesiam et uidendum dictum terrenum et hoc facto deliberabit quid juris, pronuncians, quod interim nichil innouetur, sed quod causa ipsa remaneat in eodem statu et gradu, donec aliter deliberabit. Post que prefate partes contentauerunt et contente fuerunt dictis nominibus, quod idem Dom. Vicarius personaliter uisitet dictam ecclesiam et dictum terrenum et determinet et judicet, prout sibi uidebitur et apparebit.

2. 1448. Auguſt 22. (fol. 56ᵛ). Der Patron einer Kirche klagt gegen den zum Celebriren an derſelben beſtellten Prieſter auf Reparatur dieſer Kirche und Celebrirung an derſelben. Der geklagte Prieſter entgegnet, er konnte die Kirche

---

[1]) Dieß iſt die in den erwähnten Protocollen vorkommende ausführlichſte Bezeichnung des Richters, vor welchem die Proceßverhandlungen in den Jahren 1448 und 1449 vor ſich gehen. Häufig heißt es kürzer und etwas abweichend: Coram R. patre Guarn. de Artenea plebano Sti. Danielis et in patria Fori Julii in spiritualibus ac Aquilegie, Sti. Danielis et Sti. Viti etiam in temporalibus Vicario generali. Der Ort, in welchem der genannte Vic. Guarnerius de Artenea in den Jahren 1448 u. 1449 Gericht hält, iſt nicht immer Udine, ſondern auch Villanova (fol. 1—8.), Villa de Vormo (fol. 18.), Artenea (fol. 29ᵛ. 39.), S. Daniele (fol. 44.), Tarcento (fol. 66.), Venzoni (fol. 66.) u. Aquilegia (fol. 74.). In der Regel heißt es im Protocollkopfe nur: „Coram ubi supra", was natürlich auch hier beizubehalten und wofür bei allen aus den Jahren 1448 u. 1449 ſtammenden Acten die angegebene vollſtändige Bezeichnung zu ergänzen iſt. Die Acten der Jahre 1448 und 1449 ſind in je einem beſonderen Bande enthalten, der jedoch keine anderweitige Numerirung hat.

nicht repariren und darin celebriren „propter uiam. quia non potest commode iri ad ipsam ecclesiam cum curru nec pedester et hoc propter aquas et fangum. Prefatus autem Culussius (der Patron) dixit, quod uult probare, quod iri potest et potuit in preterito ad ipsam ecclesiam pedester et equester et cum curru. Quibus auditis prefatus R. Dom. Vicarius de ipsarum partium uoluntate commisit mihi notario infrascripto, ut irem ad ipsam ecclesiam ad uidendum, utrum iri possit ad ipsam ecclesiam uel non et examinandum omnes testes, quos idem Culussius nominabit". Dieſer Augenſchein wird vorgenommen, das am 27. Novbr. 1448 gefällte (fol. 73 vollſtändig enthaltene) Urteil beruft ſich darauf in folgender Weiſe: „. . . . nec non audita relatione nobis per Petrum Turba, mareschalcum curie nostre, quem de partium uoluntate missimus ad uidendum, utrum ad ipsam ecclesiam sit tutus accessus uel non etc. facta, quod uidelicet ad ipsam ecclesiam non est tutus accessus conducendi aliquid nec eundi maxime temporibus pluuiarum, nisi uia ipsa reparetur" . . . und darauf gegründet lautet das Urteil (fol. 73. cit.): . . . „dicimus, sententiamus et declaramus, quod idem presb. Ventura teneatur et debeat dictam ecclesiam St. Bartholomei reparare et reparatam tenere et in ea celebrare aut celebrari facere saltem semel in mense et hoc, si et in quantum idem Culussius seu communitas de Palazolo aut aliqui alii uiam eundi ad dictam ecclesiam taliter reparabunt et reparatam tenebunt, quod ad ipsam ecclesiam iri possit et sibi necessaria conduci quibuscunque temporibus et non aliter, quod tamen idem Culussius et communitas de Palazolo facere teneantur et debeant."

3. 1492. October 26. (Band XV.[2]) fol. 105[v]). In der Verhandlung über eine eingebrachte Appellation, in welcher der Termin erſtreckt wird, erklärt Appellant: „Quo facto idem presbyter Joannes dixit omnino non posse habitare in dicta domo, que multum indiget reparatione instante maxime hieme, institit propterea, quod juxta instantiam alias per eum factam et declarationem ipsius Dom. Vicarii, quod dictus D. Vic. mittat ad ipsam domum uidendum, ut possit superinde declarare, an indigeat reparatione uel non. Qui D. Vic. dixit, quod dictus presb. Joannes conducat unum ex coadjutoribus ad ipsam domum uidendum, quemadmodum declaraueral, presente suprascripto Saluatore sindico (Gegenpartei) et nihil dicente". Die hier bezeichnete Commiſſion wird dem Bertrandus Rundulus übertragen und in der Fortſetzung des Verfahrens (fol. 110[v]) geht vor ſich: „Coram ubi supra (i. e. coram Reuerendo patre et clarissimo decretorum doctore Dom. Hieronymo a Zendatis, canonico Venetiarum prelibati Reuerendissimi Dom. Gubernatoris Vicario in camera sua cubiculari domus St. Antonii sue residentie de Utino ad jus reddendum pro tribunali sedente)[3]) com-

---

[2]) Der Band der Protocolle, welcher die Acten der Jahre 1492 u. 1493 enthält, iſt bezeichnet als Bd. XV. Der Bd. XVI. enthält die Proceßacten der Jahre 1494—1498.

[3]) Der hier erwähnte R. Dom. gubernator, als deſſen Vicar der Richter hier fungirt, iſt: 'Reuerendissimus in Christo pater et Dom. Dom. Jacobus Valaressus, dei et apost.

paruit uen. presb. Joannes de Pranisano in termino citationis facte Blasio Fantini de uilla Gradisce uti asserto sindico dicti loci Gradisce, ut ibidem docuit relatione manu egregii Sr. Petri Leoni notarii publ., et accusauit ejus contumaciam non comparentis, quam petiit admitti cum expensis. Qui R. D. Vicarius contumaciam ipsam admisit in quantum de jure. Deinde dictus presb. Joannes institit, quod D. Bertrandus Rundulus, qui ex commissione dicti D. Vicarii equitauit ad uidendum domum, in qua dictus presb. J. habitat, referre deberet. Qui B. Rundulus ibi presens retulit, ut in folio ibi per eum producto, cujus tenor sequitur. Dieſer tenor iſt jedoch im Protocolle nicht gegeben. In der Fortſetzung (fol 111) beſteht der presb. Joannes de Pranisano auf Beſchleunigung ſeiner Sache, worauf der Gegner erwidert: „non consentire, quod causa ipsa per sententiam expediatur, nisi prius uiderit et intellexerit relationem Bertrandi coadjutoris, qui fuit ad inspiciendum ipsam domum destinatus et nondum relationem fecit, quod ipse sciat de eo, quod uidit et reperit.“

II. Zeugen.

4. 1448. April 6. (fol. 10.). Coram ubi supra comparentibus Dominico de Dignano dicto Mezo una cum Sr. Thebaldo de S. Daniele ejus aduocato et presb. Antonio, officiante in Dignano una cum Sr. Agatio ejus aduocato parte ex alia in termino suprascripto, pro cujus termini satisfactione prefatus Dom. produxit positiones suas tenoris infrascripti, uidelicet: Coram etc. petens mihi notario fieri commissionem ad examinandum unum testem super ipsis positionibus et dixit, quia non habet alios testes, in supplementum sue probationis uelle ipse jurare; prefatus autem presb. Antonius protestatus fuit de nullitate processus et dixit

sedis gratia episcopus Justinopolitanus, in patriarchatu et diocesi Aquilejensi pro Reuerendo (al. uenerando) capitulo St. ecclesie Aquil. sede uacante gubernator generalis dignissimus‘. In den Jahren 1492 u. 1493 iſt immer dieſer Vicarius Hieronymus a Zendatis Richter, deſſen vollſtändige Bezeichnung daher in allen dieſe beiden Jahre betreffenden Acten für das regelmäßig nur gebrauchte coram ubi supra zu ergänzen iſt. Häufig heißt es auch: „Coram R. patre Hieronymo a Zendatis, juris doctore et Venetiarum canonico ac Rmi. in Christo patris et Dom. D. Jacobi Valaressi Dei et apost. sedis gratia episcopi Justinopolitani dignissimi ac in patriarchatu et diocesi Aquilegensi sede uacante per uenerando capitulo Aquil. ecclesie gubernatoris generalis meritissimi Vicario‘, oder kürzer: „Coram prelibato R. D. Hieronymo Vicaro in camera sua cubiculari domus St. Antonii sue residentie de Utino ad jus reddendum pro tribunali sedente‘ oder: „Coram prelibato R. D. Hieronymo Vicario in judicio pro tribunali sedente‘. Im Jahre 1492 verreiſt für kurze Zeit der Vic. Hieronym. a Zendatis und da ſubſtituirt ihm der gubernator bis zur Rückkehr „ad audientiam et cognitionem causarum ciuilium et criminalium cum omni opportuna auctoritate et facultate‘ den Siluester de Sanctis, canonicus ecclesie collegiate Utinensis‘; da heißt es dann: „Coram prefato uen. Dom. Siluestro Vicario substituto in uestibulo domus St. Antonii de Utino ad jus reddendum pro tribunali sedente.‘

uelle dare interrogatoria. Quibus auditis pref. R. D. Vicarius fecit mihi notario infrascripto commissionem ad sacramentandum et examinandum testem per predictum Dom. nominandum declarans de ipsarum partium uoluntate, quod idem testis, ubi cum fuerit examinatus, habeatur pro publicato et ipsius depositionis dicto Sr. Dom. copia assignetur cum termino opponendi ad diem Martis proxime futuram.

5. 1448. (fol. 22ᵛ). In einer Appellationsverhandlung erklärt in termino ad concludendum in causa die eine Partei (Renaldus): „in ipsa causa concludi non debere, quia ipse intendit probare et examinari facere super capitulis in causa principali productis.“ Die Gegenpartei aber „dixit ipsum Renaldum non debere admitti ad faciendum examinari super dictis articulis, sed debere in ipsa causa concludi, quia ipse Sr. Renaldus plures habuit terminos et hodie est terminus concludendi peremptorie. Quibus auditis prefatus R. D. Vicarius pronunciauit, ipsum Sr. Renaldum dicto nomine non debere nec posse facere examinari super dictis capitulis et quod in ipsa causa sit conclusum et habeatur pro concluso.“

6. 1448. (fol. 26ᵛ). Coram u. s. constitutis N. parte ex una, agente et N. parte ex alia, se tuente, in termino suprascripto. In quo quidem termino prefatus Dom. N. dicto nomine produxit petitionem suam in scriptis tenoris infrascripti uidelicet: Coram uobis R. patre etc. Cujus quidem petitionis prefato Sr. N. petenti decreta fuit copia cum termino excipiendi seu respondendi ad diem Jouis proxime futuram. Ulterius prefatus Dom. N. dicto nomine dixit, quod habet unum testem, uidelicet Sr. Dominicum stipendiarium, quem dubitat, ne recedat et ideo instetit, quod antequam recedat examinetur et ejus dictum recipiatur non obstante, quod lis nondum sit contestata, et quia alias per Dom. Locumtenentem ipse testis examinatus fuit et dictum ejus est apud D. Locumtenentem, instetit, quod Dom. Vicarius mitteret ad D. Locumtenentem ad accipiendum dictum et depositionem ipsius testis, ut ualeat sibi legi, cum examinabitur, si requiret, et ulterius produxit in scriptis articulos tenoris infrascr. uidelicet: Coram uobis uen. atque egregio etc., super quibus petiit ipsum testem debere examinari. Suprascriptus autem Sr. N. dixit ipsum testem non debere examinari, quia intendit opponere contra ipsum et personam suam; dictus uero Dom. N. dicto nomine dixit, ipsum testem debere examinari reseruato jure ipsi Sr. N. opponendi. Quibus sic peractis tandem prefate partes concordes remanserunt, quod idem Sr. Dom. testis examinetur super articulis supraproductis et super interrogatoriis per dictum Sr. N. dandis non obstante, quod lis non sit contestata, cum hoc, quod ipsi Sr. N. sit reseruatum jus opponendi tam contra personam ipsius testis, quam contra dictum et depositionem, et quod primo disputetur super exceptionibus et oppositionibus contra personam ipsius factis, antequam ejus dictum publicetur. Post que prefatus R. D. Vicarius mihi notario infrascr. commisit, quod ad Dom. Locumtenentem accederem et dictum dicti testis acciperem, ut ipsi testi, si opus erit, ualeat legi et declarari.

7. 1448. (fol. 49v. 50v). Im terminus ad producendum testes, für welchen zugleich die Gegenpartei ad jurare uidendum testes monirt iſt, . . . „produxit prefata D. Uliana in testes suos Sr. Joh. de Louaria not., Nardussiam q. Pauli fabri de Grazana et uxorem Antonii fabri de Utino et Mariam ipsius D. Uliane matrem, qui et que testes manutactis scripturis delato eis et cuilibet ipsorum debito sacramento per me not. infrascr. de mandato suprascripti Dom. Vicarii jurauerunt corporaliter ad sancta Dei euangelia testificari ueritatem de his, que sciuerint et super quibus fuerint interrogati remotis odio, amore, timore, prece, precio, lucro uel dampno suo uel alieno, tam pro una parte, quam pro alia. Suprascriptus autem Sr. Joh. produxit interrogatoria sua tenoris infrascr. uidel. In causa Joh. not. pictoris etc. et protestatus fuit, quod sibi sit reseruatum jus tam contra personas ipsorum testium, quam contra dicta. Post que prefatus R. D. Vicarius fecit mihi notario infrascr. commissionem ad examinandum dictos testes super positionibus D. Uliane et interrogatoriis Sr. Joh. productis.

8. 1448 (fol. 55v) . . . Quibus auditis prefatus R. Dom. Vicarius prefato D. Vicario episcopi Justinopolitani fecit commissionem ad sacramentandum et examinandum omnes testes per utrasque partes nominandos super capitulis et interrogatoriis ipsarum partium mandans mihi notario, ut facerem literam commissionis dicto D. Vicario Justinop. et eidem mitterem capitula et interrogatoria partium ipsarum.

9. 1448. (fol. 58). N. instetit, testes pro parte D. Uliane prefate examinatos debere repeti super aliis suis interrogatoriis et hoc quia non lucide declarant. Ex aduerso uero pref. D. Julianus (Vertreter der Uliana) dixit ipsos testes non debere repeti de jure et dixit uelle ostendere per leges et jura, quod non debent repeti.

10. 1448. (fol. 76). Der Beweisführer legt die ſchriftlichen capitula (pro examine testium) vor und bringt 4 Zeugen vor Gericht mit, dieſelben ſchwören den allgemeinen Zeugeneid. Die Gegenpartei legt ſchriftliche interrogatoria vor „et ulterius produxit et dedit in interrogatorem Sr. Nicolaum not. de S. Lucia de Utino“, legt dann auch ihrerſeits ſchriftliche articuli vor und bringt gleichfalls 5 Zeugen mit, die ebenſo beeidet werden. „Quibus omnibus sic peractis prefatus R. D. Vicarius fecit mihi notario infrascr. commissionem ad examinandum omnes suprascriptos testes pro utraque parte productos super articulis et interrogatoriis supra productis cum suprascripto Sr. Nicolao interrogatore.“

11. 1448. December 10. (fol. 76v). Coram u. s. comparentibus egregius D. Herasmo de Utino tamquam procuratore Sr. Francisci ut supra parte ex una et D. Antonio de Nordiis quo supra procuratorio nomine ex alia. Ubi quidem prefatus D. Herasmus reproduxit positiones alias per eum supra productas in uim articulorum . . . . et instetit prefatum D. Antonium debere dare et exhibere interrogatoria uel interrogatores et postea fieri commissionem ad examinandum testes per eum nominandos. Ex aduerso uero prefatus D. Antonius dicto nomine dedit et nominauit in interrogatorem Sr. Paulum notarium de Venzono habita-

torem in Ciuitate austria. Quibus sic peractis prefatus R. D. Vicarius fecit mihi Nic. notario infrascr. commissionem ad sacramentandum et examinandum omnes testes per dictum D. Herasmum nominandos super dictis articulis cum supra-scripto Sr. Paulo interrogatore.

12. 1448. (fol. 77ᵛ). Coram u. s. . . . Ubi quidem ipse partes contente fuerunt, quod certa capitula, que dictus D. Johannes dicto nomine producere intendit, ex nunc haberentur pro productis cum hoc, quod ipsi D. Antonio dicto nomine assignaretur copia ipsorum articulorum seu capitulorum, ut possit facere interrogatoria.

13. 1449. (fol. 9). Coram u. s. . . . et ulterius de ipsarum partium uoluntate per prefatum D. Vicarium pronunciatum fuit, quod dictum et attestatio Dionysii testis per communitatem de Ciuitate austria alias examinati sit ualidum et teneat ac si ipse Dionysius per ipsum D. Vicarium seu de ejus commissione fuisset examinatus.

14. 1449. (fol. 23). Der Zeugenführer verlangt Erteilung der commissio an den Notar ad sacramentandum et examinandum omnes testes nomin. super exceptionibus productis. Die Gegenpartei „dixit uelle dare interrogatoria et interrogatorem et ibidem pro interrogatore nominauit Sr. Johannem notarium de Louaria ac Sr. Antonium notarium a Fornace hoc modo uidelicet, quod quando unus eorum non poterit uacare, alter ualeat interrogare.“ Der Richter erteilt dem Notar die commissio ad examinandum etc., u. z. „insimul cum uno dictorum interrogatorum, declarans, quod si unus dictorum interrogatorum uacare non posset, alter interroget, et si ambo non uacarent, quod absque eis possim (nemlich ego notarius infrascr.) examinare.“

15. 1449. (fol. 23ᵛ). Auf das vom Gegner des Zeugenführers gestellte Begehren um publicatio der testes examinati erwidert Zeugenführer: „quod testes sui non debent publicari, quia non sunt omnes examinati et pro eo non deffecit, quin sint examinati, sed pro notario et testibus, qui noluerunt jurare et petiit fieri compulsoriam testibus, quia ut ego notarius ibidem retulli, sunt alique mulieres, que noluerunt jurare, quia sunt pregnantes. Quibus auditis prefatus R. D. Vicarius decreuit compulsoriam testibus alias pro parte dicte D. Katarine nominatis et mandatum ac commissum fuit mihi notario infrascr., ut examinationem ipsam complerem.“

16. 1449. (fol. 23ᵛ). Im Einverständnisse der Parteien erfolgt publicatio testium examinatorum, jedoch „reseruato, quod ipsa publicatione non obstante possint adhuc examinari pro parte dicti Sr. Antonii duo testes, uidelicet Signurinus et Rufinus.“

17. 1449. (fol. 28.) Auf die publicatio testium exam. folgt: „et ipsis partibus ambabus terminum assignauit ad opponendum, probandum et producendum quicquid opponere, probare et producere intendit hinc ad 15 dies proxime futuros et decreuit monitionem ipsis sindicis ad producendum et probandum ut supra et ad uidendum concludi seu ad dicendum causam quare (sc. concludi non debeat) usque ad 15 dies proxime futuros.“

18. 1492. Januar. 24. (fol. 10.). Coram u. s. comparuit nen. Dom. presb. Sebastianus beneficiatus in S. Maria de Sclauonico cum aduoc. suo et produxit oppositiones contra testes D. plebani Mortegliani tenoris infrascripti opponens ut in eis, instans pro conclusione in causa. Ex aduerso comparuit clarissimus juris doctor D. Franc. de Strasoldo, procurator dicti D. plebani et similiter opposuit contra testes dicti presb. Sebastiani, dicens eos esse uarios, discordes, singulares, mendaces, satagentes negatiuam et tales, quibus merito nulla fides uenit adhibenda et quod eorum dicta non releuant partem producentem in jure nec in facto rationibus et causis suis loco et tempore dicendis et allegandis etc. dicens, testes suos non esse uarios nec discordes et adhuc concludi non debere. Qui D. Vicarius dicta hinc inde admisit in quantum de jure (sc. tenetur et aliter non) et partes monuit ad diem Sabbati proximam ad concludendum uel dicendum causam quare (sc. concludi non debeat).

19. 1492. Januar 30. (fol. 11v.). Coram u. s. comparuit Marcus de Faedo Cenetensis diocesis cum aduocato suo et institit pro publicatione testium suorum et expeditione cause. Ex aduerso comparuit spectabilis juris doctor D. Simon Philitinus, procurator Marie Petri claudi de dicto loco et petiit sibi terminum assignari ad probandum. Qui D. Vicarius partibus auditis assignauit ipsi D. Simoni nomine quo supra terminum usque ad primam juris in quadragesima ad probandum, ubi dictus Marcus pro fauore jurium suorum produxit processum criminalem formatum contra dictam Mariam et matrem tenoris ut infra, cui productioni D. Simon non consensit etc.

20. 1492. Februar 14 (fol. 18v.) Coram prelibato R. D. Vicario in judicio comparuit eximius juris doctor D. Franc. de Tumetio, procurator Bartholi de Bagolino Trident. diocesis et in causa matrimoniali, quam habet cum Maria Martini de dicto loco, produxit capitula tenoris infrascripti duplicata, quorum exemplar exhibuit alteri parti ibidem presenti siue ejus procuratori. Ex aduerso comparens Sr. Stephanus, procurator dicte Marie cum precellenti jurisconsulto D. Ricc. de Fontebono aduocato suo dicente, tria ultima capitulorum ipsorum, uidelicit 9. 10. et 11. admitti nullatenus debere et reliqua saluo jure impertinentium et non admittendorum, eo magis, quia fuerunt examinati testes partis sue super capitulis de directo contrariis circa consanguinitatem seu affinitatem et publicatis testibus fuit lata sententia, que transiuit in rem judicatam, aliter protestante de appellando, et replicante D. Francisco ac dicente, capitula ipsa admitti debere pluribus causis et presertim, quia tendunt ad cognitionem ueritatis super gradibus et quando nollet ipse probare, judex ex officio deberet super hoc uelle interrogare et cognoscere, item quia testes recepti super gradibus fuerunt minus rite et in confuso recepti et maxime, quia recepti sine interrogatoriis suis, item quia fuit erratum seu equiuocatum in quodam nomine Picino et Bitino et quod pars aduersa non debet contradicere, quin cognoscatur ueritas graduum. Dom. Riccardo dicente, testes fuisse rite examinatos et latam fuisse sententiam ut supra, que transiuit in rem judicatam, propterea tria ipsa capitula admitti non

debere. Qui D. Vicarius dixit uelle habere respectum super premissis, antequam declaret, cum causa sit maximi ponderis.

21. 1492. Februar 14. (fol. 19.). Coram u. s. comparuit dictus presb. Sebastianus, beneficiatus in S. Maria de Sclauonico cum aduocato suo dicens uoluisse citari facere testes suos per officialem capitaneatus Belgradi, sub cujus ditione sunt ipsi testes et dictus nuncius habuit litteras a gastaldione Belgradi, quas ibidem ostendit, quibus prohibet, ne citet aliquos testes examinandos per alium, quam per suum cancellarium, et ita impeditur examinatio sua, institit propterea dari litteras ad dictum gastaldionem in bona forma super reuocatione dictarum litterarum et prohibitionis ac etiam decerni compulsorias ad testes, protestans, quod non currat sibi tempus et terminus probandi. Qui R. D. Vicarius dictas litteras et compulsorias decreuit in forma et protestationem admisit in quantum de jure.

22. 1492. Februar 18. (fol. 20ᵛ.). Coram u. s. comparuit N. et dixit elapsum esse terminum primo sibi assignatum ad probandum, propterea petere sibi aliam dilationem dari ac examinationem testium suorum committi coadjutori. Qui D. Vicarius assignauit ipsi Sr. Antonio terminum XV dierum pro secunda dilatione et examinationem testium commisit mihi Bertrando Rundulo coadjutori cum juramenti delatione. Von anderer Hand iſt hier hinzugefügt: De qua quidem commissione rogatus fui ego Joannes Monticulanus, notarius et coadjutor.

23. 1492. März 10. (fol. 25ᵛ.). Coram u. s. comparuit N. cum aduoc. suo N. et procedendo in causa appellationis, quam habet cum Rado et sociis produxit sub sigillo testes examinatos Aquileie et insuper instrumentum locationis sibi facte per q. D. Hectorem de Pulcinico oretenus promittens, paulo post illud effectualiter producere et ulterius institit pro publicatione testium suorum. Ex aduerso comparuit N, procurator Radi et sociorum et productioni dictorum testium et instrumenti dixit non consentire et quoad testes protestatus fuit de nullitate examinationis, quia facta fuit commissio eo inscio, quo uero ad productionem instrumenti dixit non consentire, nisi effectualiter producatur, et eo tunc petiit illius copiam cum termino opponendi dicens ulterius, testes publicari non debere, quia intendit etiam probare de juribus suis, petens sibi terminum assignari. Qui D. Vicarius auditis partibus et admissis supra productis in quantum de jure, assignauit dicto D. Nic. nomine, quo interuenit, terminum dierum X ad probandum. Paulo post in cancellaria dictus Sr. Joan. produxit dictum instrumentum locationis manu Sr. Andree a Fabris de Pulcinico sub anno 1490 indict. 8. die 11. mensis Augusti.

24. 1492. März 13 (fol. 27.). Comparentibus ubi supra Stephano de Portuueteri cum clarissimo juris doctore D. Fr. de Strasoldo aduoc. suo ex una, et Joanne Cusano, patruo Beathine et asserto ejus procuratore cum precellenti jurisconsulto D. Nic. Guliola, ejus causidico ex altera partibus, et de ipsarum partium consensu publicati fuerunt testes repetiti et dictus D. Nic. dixit et protestatus est, quod sit sibi saluum jus opponendi tam contra dicta, quam contra

personas dictorum testium. Dom Francisco dicente non consentire et instare, quod dicta Beathina ueniat iterum examinanda et interroganda per judicem et si erit opus, petente eam deponi et sequestrari, instante deinde pro conclusione. Ex aduerso dictus D. Nicolaus dixit, quod dicta Beath. non debet uenire, quia semel fuit examinata coram presentia judicis et non debet deponi, cum habuerit sententiam contra se, dixit etiam, quod non debet concludi, quia uult etiam probare sibi incumbentia. Dictus D. Franc. institit deferri juramentum calumnie dicto Joanni Cosano, et ita de mandato D. Vicarii delato ipsi Joanni juramento, manutactis scripturis jurauit ad sacra dei euangelia, non calumniare, sed tantum, ut utatur jure suo nec petere terminum animo calumniandi. Qui D. Vicarius declarauit, quod dictus Joannes conducere debeat dictam Beathinam, quia pro ejus informatione et declaratione intendit eam interrogare et assignauit ipsi Joanni terminum ad diem Sabbati ad opponendum ipsis testibus etc.

25. 1492. März 15. (fol 28.). Coram u. s. comparuit eximius juris doctor D. Franc. de Strasoldo, procurator dicti Dom. presb. Nicolai, plebani Mortegliani, in termino sibi limitato ad opponendum tam contra dicta, quam contra personas testium pro altera parte examinatorum et satisfaciens termino dixit, quod casu quo dicti testes aliquid deponant et dicant in fauorem partis sue, illos quoad id reproducit et approbat, in aliis autem contra eum facientibus dixit, illos esse uarios, discordes, singulares, sattagentes negatiuam, suspectos de falsitate, non reddentes causam dicti sui et tales, quibus nulla fides merito est adhibenda, et sic non releuant partem producentem in jure uel in facto et procedendo ad ulteriora in causa pro fauore jurium suorum produxit modulam infrascr. positionum. Ex aduerso comparuit dictus presb. Sebastianus cum D. Nic. Guliola, doctore prestantissimo, aduocato suo, dicens testes suos predictos esse idoneos, contestes, bene et legitime deponentes, optime conditionis et fa.e, quibus merito plena fides est adhibenda, ac releuare ipsum in jure et in facto, productioni tamen dictarum positionum non consensit et dixit eum esse extra omnem terminum probandi, et ideo protestatus fuit, quod ille non admitterentur, et si pur*) admitti deberent, prius justificarentur per judicem, si sunt pertinentes uel non. Qui D. Vicarius dicta et producta per partes admisit in quantum de jure, deinde uisis et examinatis diligenter dictis positionibus eas justificauit mandans super eis per presb. Sebastianum responderi quando fuerint posite (per) partem. Insuper prefatus D. Franc. dicto nomine ad liquidationem suorum jurium produxit bullas apost. de titulo et prouisione sui beneficii, quarum productioni dictus presb. Sebast. non consensit et petiit copiam cum termino opponendi. Qui D. Vicarius dictas bullas admisit in quantum de jure decernens copiam petenti, si opponere posset, si uellet et monuit prefatum D. plebanum pro die Sabbati que erit XXII presentis (scil mensis) ad ponendum dictas positiones et presb. Sebastianum ad respondendum.

---

*) Offenbar das italieniſche pure.

26. 1492. März. (fol. 30v.). Coram u. s. comparuit dictus Sr. Daniel Cisterninus et infra terminum sibi statutum produxit in testem mag. Nicolaum Sapientem de S. Daniele, quem petiit examinari et examinationem committi officio cancellarie. Qui D. Vicarius audita instantia dicti Sr. Danielis commisit ipsum testem ut supra productum examinari per D. Paulum cancellarium, et paulo post dictus mag. Nicolaus testis productus jurauit in forma.

27. 1492. März. (fol. 31.). Coram u. s. comparuit N. et in causa, quam habet cum N. produxit capitula sua tenoris infrascripti. Paulo post comparuit N. et productioni dictorum capitulorum non consensit, nihilominus petiit copiam, cum uelit facere sua interrogatoria.

28. 1492. März 22. (fol. 32v.). Coram u. s. comparuit N. in termino citationis facte N. et per os aduocati sui N. institit pro publicatione testium siue testis examinati pro dicto N, cum sit jam lapsus terminus sibi assignatus ad probandum. Ex aduerso comparuit N. et dixit non debere publicari dictum dicti testis, cum uelit alium examinari facere, quem etiam citatum per litteras magnifici D. Locumtenentis patrie examinari facere adhuc non potuit, qui est nobilis Sr. B. instans sibi alium assignari. Qui D. Vicarius partibus auditis assignauit dicto N. terminum ultimum et peremtorium usque ad diem Martis proximam exclusiue ad probandum et probatum habendum.

29. 1492. April 3. (fol. 35v). Coram u. s. comp. N. et N. et ambe partes produxerunt testes examinatos in partibus hinc inde et institerunt pro publicatione saluo jure opponendi hinc inde tam contra dicta quam personas. Qui D. judex ipsis attestationibus admissis in quantum de jure, eas apperuit saluo jure opponendi hinc inde tam contra dicta quam contra personas.

30. 1492. April 3. (fol. 35v). Coram u. s. comparuit preclarus juris doctor D. Nic. Guliola, procurator Radi et litisconsortum de Aquil. et institit, quod examinatio testium suorum committatur Sr. Joanni Petro de Strasoldo, uiro probo et legali notario, neutri partium suspecto, attenta maxime paupertate clientulorum suorum, qui non habent modum conducendi huc testes. Ex aduerso comparens eximius juris doctor D. Jacobus de Castello pro Sr. Joanne de Gurgitibus dixit non consentire, quod testes examinentur, nisi per eum, qui habet judicare, qui etiam habeat inspicere, quo uultu et quo pallore etc., nisi subesset aliqua alia legitima causa, quia dicti ejus aduersarii non sunt pauperes et habent bene modum litigandi. Replicante dicto D. Nicolao, quod non obstant allegata in contrarium, quia illa jura locuntur in causis criminalibus, nunc autem sumus in ciuili, in quibus ciuilibus solent committi examinationes testium propterea, quod esset maximum incommodum clientulis suis pauperibus, qui non ualeant subire tales expensas, et D. Jacobus dixit, nolle, quod sit pars aduersa melioris conditionis, quam fuerit ipse, quia oportuit conducere testes suos huc ad examinandum. Qui Dom. Vicarius partibus auditis terminum posuit ad diem Jouis ad audiendum declarationem.

31. 1492. Mai 8 (fol. 48ᵛ). Coram u. s. comparuit spectabilis juris doctor D. Jacobus de Castello, procurator nobilis Sr. Joannis de Gorgitibus et institit pro publicatione testium examinatorum in causa, quam habet cum Rado et litisconsortibus de Aquileia, presente eximio juris doctore D. Nic. Guliola, procuratore ipsorum Radi et litisconsortum et dicente publicari non debere, quia adhuc uult et intendit probare de juribus suis, instante sibi aliam dilationem assignari ad probandum, dicto D. Jacobo dicente non debere sibi aliam dilationem probatoriam assignari, nihilominus fuit contentus ex urbanitate, quod assignaretur alia dilatio, dummodo sit peremptoria. Qui R. Dom. Hieronymus Vicarius auditis partibus assignauit terminum ipsi D. Nicolao nomine quo supra pro ultimo et peremptorio dierum X ad probandum et probatum habendum.

32. 1492. Mai 15. (fol. 51ᵛ). Coram u. s. comparuit eximius juris doctor D. Jacobus de Castello ut procurator et sindicus hominum de Gradischa et procedendo in causa contra presb. Joannem de Napoli, beneficiatum in Prenisano produxit capitula tenoris infrascripti, que institit admitti petens etiam, quod D. Vicarius, ut melius de justitia partis sue judicare possit, equitet super locum et examinet ibi testes; presente eximio jurisconsulto D. Fr. de Tulmetio, procuratore dicti presbyteri et productioni suorum capitulorum non consentiente et dicente uelle exspectare partem suam ad deliberandum, si debet consentire, quod D. Vicarius equitet ad locum uel non. Qui D. Vicarius producta admisit in quantum de jure.

33. 1492. Mai 17. (fol. 52). Coram u. s. . . . Paulo post prefatus Sr. Jacobus produxit contra testes examinatos in dicta causa oppositiones suas tenoris ut infra dicens, excipiens et opponens ut in eis, instans pro conclusione et expeditione cause, presente prefato D. Jacobo de Castello et productioni dictarum oppositionum non consensit petens sibi decerni copiam cum termino replicandi contra eas. Qui D. Vicarius producta admisit in quantum de jure decernens copiam petenti cum termino replicandi ad primam juris.

34. 1492. Mai 17. (fol. 52). Coram u. s. instante spectab. doct. D. Nic. Guliola, procuratorem dicti presb. Sebastiani dari debere per D. Franc. de Strasoldo, procuratore D. presb. Nic. plebani Mortegliani et produci interrogatoria sua absque alia dilatione eumque moneri ad sequentem de mane ad uidendum jurare testes per eum producendos etc. Dictus Dom. Franciscus ibidem presens remansit contentus, quod si non dederit sua interrogatoria die crastina, possit fieri examinatio sine, quem D. Vicarius monuit pro die sequente de mane ad uidendum jurare testes predictos, cui monitioni D. Franc. non consensit.

35. 1492. Mai. (fol. 55). Mit dem Antrage des Zeugenführers auf publicatio testium examinatorum iſt der Gegner einverſtanden „dummodo ei reseruetur jus et facultas probandi super capitulis alias sibi admissis“, worauf der Richter „dictos testes aperuit et publicauit et prefato N. reseruauit jus probandi super capitulis sibi admissis.“

36. 1492. Mai 22. (fol. 56). Coram u. s. comparuit clarissimus jur. doct. D. Franc. de Strasoldo, sindicus plebisanorum de Enemontio dicens, qualiter in causa suorum principalium cum presb. Jac. Janisi intendit examinari facere Dom. Petrum Bodeganum, canonicum Aquil. et S. Felicis et Fortunati de Aquil., qui est infirmus, nec uadit extra domum, propterea institit examinationem ipsam committi D. Paulo Sanctonino cancellario, presente spectabile jur. doct. D. Fr. Tulmetano, procuratore dicti presb. Jacobi ex aduerso principalis, et consentiente, dummodo examinatio ipsa fiat etiam super suis interrogatoriis. Qui D. Vicarius audita instantia dicti D. Franc. de Strasoldo examinationem prefati D. P. Bodegani commisit D. Paulo Sanctonino cancellario de uoluntate alterius partis.

37. 1492. Juni 14. (fol. 67v). Coram u. s. comparuit mag. Albertinus tonsor et procedendo in causa, quam habet cum patre et fratribus, addendo aliis capitulis per eum productis produxit nouam modulam capitulorum, quam petiit admitti, presente eximio jur. doct. D. Jacobo de Castello, procuratore alterius partis et non consentiente productioni dictorum capitulorum, tamen petiit copiam cum termino formandi sua interrogatoria. Qui R. D. Vicarius capitula ipsa admisit in quantum de jure et decreuit copiam petenti cum termino dierum trium ad formandum sua interrogatoria.

38. 1492. Juni 27. (fol. 71). Coram ultrascripto R. D. Hieronymo Vicario in domo S. Antonii existente (während der ferie messium) comparuit eximius jur. doct. D. Odoricus Merlattus, procurator, ut asseruit, Christophori q. Simonis de Godiga in termino, ut dixit, cum altera parte communiter accepto ad procedendum in causa repudii et institit pro publicatione testium pro parte sua examinatorum et pro expeditione cause. Ex aduerso comparuit eximius jur. doct. D. Hieronymus de Melso, procurator, ut se allegauit, dicte Leonarde dicens, testes ipsos publicari non debere, cum intendat etiam ipse examinari facere testes, ad quod faciendum institit sibi terminum assignari et partem moneri ad uidendum produci capitula sua. Replicante et dicente dicto D. Odorico, opus non esse, quod eum moneri faciat, quia paratus est quandocunque dederit sibi noticiam comparere. Qui D. Vicarius auditis partibus statuit et assignauit eidem D. Hieronymo nomine quo supra terminum dierum octo ad probandum.

39. 1492. Juli 21. (fol. 74v). Coram u. s. comparuit clarissimus jur. doct. D. Franc. de Strasoldo, procurator predicti D. plebani Mortegliani et in termino posito ad concludendum in causa uel dicendum causam quare, satisfaciendo eidem dixit, non debere concludi in ipsa causa, cum ipse uiderit processum testium examinatorum pro capellano S. Marie de Sclauonico, qui testes in confuso locuntur et deponunt, nec ex eorum dictis dignosci potest, si campi, de quibus testificantur, spectant clerico seu capellano et ideo institit declarari, quod iidemmet testes examinati una cum cancellario accedant ad loca ipsorum camporum, de quibus deponunt, ibique specificent et declarent aperte, qui sunt ipsi campi, super quibus testimonium dederunt et cui spectant. Ex aduerso comparens uen. presb. Sebast. predictus cum precellenti jur. doct. D. Nicolao Guliola,

ejus aduocato dixit, quod testes sui deponunt clare et aperte et non in confuso, ut asserit pars aduersa, et in capitulis partis sue separati sunt campi possessi ad presens per D. plebanum, super quibus fuerunt examinati testes, a campis appositis in capitulis D. clerici, et dato, quod deponerent in confuso, quod tamen est falsum et expresse negatur, non habent obesse parti aduerse, sed parti sue, quia dubia probatio interpretaretur contra producentem etc. et propterea petita per eundem D. Franc. fieri non debere, quia id esset iterum examinare super eisdem et subest timor subornationis et id ideo tentatur a parte aduersa, ut in aliquo faciat eos uariare a prima depositione et eo modo subterfugiat eorum dicta et depositiones. Qui R. D. Vicarius partibus auditis dixit uelle habere respectum ad declarandum super petitis ad primam. Dieſe declaratio erfolgt am 31. Juli 1492 (fol. 76ᵛ) folgendermaßen: Coram u. s. comparentibus uen. presb. Sebastiano, beneficiato in S. Maria de Sclauonico cum spectatiss. jur. doct. D. Nic. Guliola, aduocato suo ex una et clarissimo jur. doct. D. Fr. de Strasoldo, procuratore predicti D. plebani Mortegliani cum presentia sui principalis ex altera partibus. Ubi auditis partibus in contradictorio judicio prelibatus D. Vicarius declarauit, quod si non uidet aliud, quam uiderit usque modo, testes non debere conduci ad locum camporum, de quibus deponunt, nec aliter specificent aut declarent. Cui declarationi dictus plebanus cum D. Francisco non consensit et protestatus fuit de appellando. Et ibidem dictus presb. Sebastianus cum suo causidico insistendo instantie sue institit pro conclusione in causa. Qui D. Vic. terminum posuit . . . ad concludendum uel dicendum causam quare.

40. 1492. Auguſt 11. (fol. 80ᵛ). Coram u. s. comparentibus spect. jur. doct D. Bernardino Bertolla procuratorio nomine Sr. Joannis Fontana de Goricia ex una et clariss. jurisconsulto D. Fr. de Strasoldo procuratorio nomine R. capituli Aquilejensis ex altera partibus et ueniendo ad formam termini dictus D. Bernardinus institit, sibi assignari terminum ad probandum de juribus sui principalis instans quoque, quod committatur examinatio testium suorum existentium Goricie et in aliis locis remotis, D. Francisco dicente, non debere examinari testes sine suis interrogatoriis. Qui R. D. Vicarius assignauit ipsi D. Bernardino nomine antedicto terminum XX dierum ad probandum et examinationem testium commisit mihi Bertr. Rundulo notario et coadjutori cum juramenti delatione datis per alteram partem interrogatoriis, que interrogatoria dare debeat tertia die post habitam copiam capitulorum. Mit anderer Schrift iſt hinzugefügt: „De qua quidem commissione rogatus fui ego Joan. Monticulanus notarius Utinensis.“

41. 1492. Auguſt 30. (fol. 89). Coram u. s. comparuit uen. D. Ant. de Susanis cum aduocato suo et accusauit contumaciam sp. D. Fr. Tulmetani, procuratoris Sr. Georgii de quadrinio non producentis sua interrogatoria in causa quartesii de Insenicho instans, quod ex quo ea non exhibet, examinari possit sine. Qui D. Vicarius assignauit dicto D. Francisco absenti nomine quo supra terminum ad dandum dicta interrogatoria usque ad diem Sabbati, et si non

derit, examinetur sine, jubens eidem D. Franscisco dari noticiam de presenti mino.

42. 1492. (fol. 111v). Das Zeugenverhör wird dem Beamten einer aus- irtigen, d. i. von dem Gerichtsorte weit entfernten Gemeinde (cancellarius mmunitatis) übertragen mit der Bestimmung, daß von dem Beauftragten dem gegenteil Nachricht davon (d. i. von dem zum Verhöre festzusetzenden Termine) geben werde „quod si uoluerit dare notarium, qui scribat in consonantiam, um possit dare."

43. 1493. Januar 19. (fol. 151). Coram u. s. comparuit eximius juris ctor D. Simon Philitinus assertus procurator Mariette Albanensis dicens, qua- er proximis diebus elapsis ante decursum terminum ultimo loco assignatum rti sue ad probandum accepte fuerunt litere compulsorie ad testes, qui adhuc stant examinari et in ipsis literis fuit erratum in nomine et in effectu dupli- ter, quia dirigi debebant plebano Meduni et monacho ecclesie dicti loci et directe erunt presbytero Gabrieli, plebano Medune et monacho dicti loci et sic testes ipsi cipi non potuerunt, quocirca institit declarari alterum de duobis: uel quod non ei cursum tempus precedentis dilationis, aut quod sibi danda sit alia dilatio tens insuper decerni literas ad D. Vicarium episcopatus Concordiensis, quod mpellat aut compelli faciat ipsos plebanum Meduni et monacum et alios testes minandos in dicta diocesi Concordiensi existentes, quod ueniant ad officium c patriarchale deposituri ueritatem et quod uenire debeant testes per D. ple- num Saccili examinati, ut repetantur per S. P. (suam paternitatem), quia non erunt sufficienter examinati. Ex aduerso comparuit dictus Ant. cum sp. juris ctore D. B. Bertolla aduocato suo et institit partem aduersam condemnari in pensis termini facti die 8. Januarii, quia eum frustra uenire fecit et quod beant uenire attestationes testium examinatorum per D. plebanum Saccili et n testes, quia rite, legitime et cum omni diligentia fuerunt examinati. Dicto Simone dicente reseruari debere expensas ipsas in fine litis. Qui R. D. Vi- rius auditis hinc inde dictis et propositis assignauit terminum et dilationem probandum ipsi D. Simoni dierum XII proxime futurorum et decreuit literas D. Vicarium Concordiensem per eum petitas declarans, quod uenire debeant stes examinati per D. plebanum Saccili et eorum attestationes, ut possent peti, si ipsi D. Vicario uidebitur etc.

III. Sachverständige.

44. 1492. Januar 24. (fol. 9v.). Coram u. s. comparentibus mag. Leo- ardo Castellano, mag. Andrea furnatoris Pelliparii, sindicis et procuratoribus aternitatis S. Jacobi ex una et mag. Lazaro Pelliparo nomine mag. Bertrandi atris sui, pro quo promisit de rato, cum eximio juris doctore D. Nic. Guliola daocato suo ex altera partibus, ut procederent in causa inter eos uertente et

suasu dicti D. Vicarii, ut liti finem imponerent, denuo ipse partes elegerunt nouos computistas et calculatores, qui debeant iterum calculare rationes administrate camerarie ipsius mag. Bertrandi, uidelicet idem mag. Lazarus elegit nobilem Sr. Danielem de Belgrado et dicti sindici pro dicta fraternitate elegerunt nobilem Sr. Joannem Dominice honeste ciues Utini, qui debeant calculare dictas rationes per totum mensem proxime futurum, que partes promiserunt hinc inde sub obligatione bonorum suorum et dicte fraternitatis stare omni rompalo et calculationi per ipsos communes calculatores electos faciende, presentibus q. medicine doctore D. Dominico a potestate de Ceneta et D. Lactantio, juris studente de S. Daniele testibus.

45. 1492. Februar 4. (fol. 13.). Coram u. s. comparuerunt egregius Sr. Nicolaus a Fornate de Utino cum sp. juris doctore D. Odorico Merlatto, aduocato suo, pro Domina Beltranima, sororia sua, ex una et Julianus de Salis, decanus ville, Leonardus Simeonis, camerarius ecclesie S. Martini de dicto loco et Berthulus Andree pro dicta ecclesia cum eximio juris doctore D. Nic. Guliola eorum causidico, ex altera. Ubi dicte partes dixerunt fuisse ad uidendum melioramenta facta per q. Sr. Joannem Petrum, fratrem dicti Sr. Nicolai super terreno dicte ecclesie et de communi consensu elegerunt amicos ad estimandum dicta melioramenta, uidelicet Joannem Valentum de Cortali et Joannem de Feleto, propterea institerunt, ut dictam eorum estimationem ibi coram judice referrent medio juramento deberent. Qui amici electi ibi presentes de mandato prelibati D. judicis medio juramento eis delato manutactis scripturis jurauerunt, ambo concorditer estimasse dicta melioramenta ut supra facta in libras solidorum quinquaginta nouem cum dimidia. Qua relatione sic facta prefati comparentes pro dicta ecclesia dixerunt tali estimationi nulle (richtig wol nolle) alle parte stare, sed uelle alios estimatores eligere. Et ita prelibatus D. judex partes monuit pro die Martis proxima ad eligendum alios estimatores.

IV. Urkunden.

46. 1492. Januar 7. (fol. 2.). Coram u. s. comparuit uen. D. pbr. Nicolaus, plebanus Mortegliani cum clarissimo juris doctore D. Franc. de Strasoldo, aduocato suo et in causa, quam habet cum uen. patre Sebastiano officianti in S. Maria de Sclauonico, pro fauore jurium suorum produxit quatuor postas ex quattuor quatternis redditiuum quondam D. Jacobi Francisci olim canonici Utinensis et plebani Mortegliani, signatas per notas litterarum, uidelicet C. D. E. F. in S. Maria de Sclauonico et ulterius dixit nolle examinari super alios testes, institit propterea pro publicatione examinatorum. Ex aduerso comparuit eximius juris doctor. D. Nic. Guliola pro dicto P. Sebastiano et productioni dictarum postarum non consensit, nihilominus petiit illarum copiam et illis opponens dixit, ipsas non releuare producentem in jure nec in facto con-

tentarique, quod testes publicentur, D. Francisco dicente, ipsas postas releuare producentem in jure et in facto. Qui D. Vicarius dictas partitas admisit in quantum de jure, quarum decreuit copiam parti petenti cum termino ad octauam ad dicendum contra, ad quam partes monuit et ulterius aperuit et publicauit testes hinc inde examinatos saluo jure partibus opponendi tam contra dicta, quam contra personas.

47. 1492. Januar 7. (fol. 2v.). Coram u. s. comparuit sp. juris doctor D. Bernardinus Bertolla, procurator dictorum Sr. Zardini et Sr. Ticiani de Ceneta et procedendo in causa predicta dicto nomine produxit quedam alia jura partis sue, que petiit admitti. Item presentauit in scriptis oppositiones et exceptiones contra jura per partem aduersam alias producta dicens, opponens, excipiens ac fieri petens ut in eis. Presente clarissimo juris doctore D. Franc. Strasoldo, procuratore dicte Commissarie et productioni dictorum jurium non consensit, quorum petiit copiam sibi decerni cum termino opponendi, si sibi uidebitur. Quoad oppositiones uero productas dixit etiam earum productioni non consentire et illas non releuare producentem in jure nec in facto, similiter et ipse opponendo contra jura ad eandem diem producta per aduersarios in presenti causa dixit illas non releuare eos in jure nec in facto, causis et rationibus suis loco et tempore dicendis et allegandis. Prefatus uero D. Bernardinus dixit contrarium, uidelicet releuare in jure et in facto et institit pro conclusione in causa. Dictus uero D. Franciscus etiam petiit in causa concludi reseruato nihilominus sibi jure opponendi contra jura hodie supra producta. Prefatus itaque D. Vicarius auditis partibus dicta et producta per eas admisit in quantum de jure et decreuit dari D. Francisco exemplum jurium hodie productorum per partem aduersam, cui assignauit terminum opponendi ad diem Martis proxime futuram, que erit X. presentis mensis, si uoluerit. Post que D. Franc. de Strasoldo uisis et inspectis ibidem juribus per D. Bernardinum productis illis opponendo dixit ea jura non releuare producentem in aliquo, tum quia non sunt auctentica, tum etiam quia de sui natura non releuant et sic de nouo institit pro conclusione in causa recedendo a termino sibi proxime dato ad illis aliter opponendum. Presente ipso D. Bern. Bertolla et dictis nominibus replicante, jura ipsa esse auctentica et releuare, et contentante, quod in causa concluderetur. Qui D. Vicarius opposita et replicata per partes admisit in quantum de jure et de earum consensu et uoluntate declarauit in causa ipsa esse conclusum.

48. 1492. Januar. (fol. 6v.). Coram u. s. comparentibus uen. presb. Sebastiano de S. Maria de Sclauonico cum precellenti juris doctore D. Nic. Guliola aduocato suo ex una et clarissimo juris doctore D. Franc. de Strasoldo, procuratore D. plebani Mortegliani ex altera partibus et procedendo in dicta causa dictus D. Nicolaus pro clientulo suo dixit partitas et libros productos per dictum D. plebanum esse scartafacia et non releuare producentem in jure nec in facto, et D. Franciscus dixit, uerba dicta per dictum D. Nicolaum sunt truffe et quod jura producta per partem suam eum releuant in jure et in facto.

49. 1492. Januar. (fol. 10v). Coram u. s. comparuit eximius juris doctor D. Nic. Guliola pro mag. Marco Caligario, ciue Aquileie et in causa, quam habet cum Fr. q. Leonardi de Meuolo districtus Taruisii, siue cum Job Fachino produxit instrumentum in publicam formam locationis et uenditionis bonum cum obligatione bonorum dicti Francisci, manu uen. D. presbyteri Joannis de S. Foco, mansionarii Aquilejensis, sub die septima Martii 1491, quod petiit admitti absente altera parte. Qui D. Vicarius dictum instrumentum admisit in quantum de jure.

50. 1492. Februar. (fol. 13). Coram prelibato R. D. Hieronymo Vicario in judicio pro tribunali sedente comparuit uen. D. presbyter Nicolaus plebanus Mortegliani cum aduocato suo et produxit instrumentum tenoris infrascripti contra testes examinatos pro parte presbyteri Sebastiani predicti. Ex aduerso comparuit dictus presb. Sebastianus cum ejus causidico et productioni dicti instrumenti non consensit, nihilominus petiit copiam cum termino ad dicendum contra, si sibi uisum fuerit, instans moneri eundem D. plebanum pro eodem termino ad concludendum in causa uel dicendum causam quare. Qui R. D. Vicarius dictum instrumentum admisit in quantum de jure, decernens copiam parti petenti cum termino dierum trium a die habite copie ad dicendum contra, monens pro tertia die predicta ad concludendum uel dicendum causam quare dictas partes.

51. 1492. Februar 7. (fol. 14v). Coram u. s. comparuit clarissimus juris doctor D. Franc. de Strasoldo, procurator uen. D. presb. Nicolai, plebani Mortegliani et iterum produxit instrumentum superiori die productum contra testes presbyteri Sebastiani publicatum et auctenticum manu Sr. Franc. de Alia, notarii publici. Ex aduerso dictus presb. Sebastianus cum ejus aduocato produxit oppositiones capitulatas contra dictum instrumentum, quas probare intendit, in quantum sibi expediens fuerit. Cui productioni dictus D. Franciscus nomine quo supra non consensit, nihilominus earum petiit copiam cum termino eis respondendi. Qui D. Vicarius dictas oppositiones admisit in quantum de jure, decernens copiam ipsi D. Francisco cum termino contra ipsas respondendi ad primam.

52. 1492. Februar 9. (fol. 16). Coram u. s. comparentibus in termino uen. presb. Sebastiano predicto cum precellenti juris doctore D. Nicolao Guliola aduocato suo ex una et clarissimo jurisconsulto D. Franc. de Strasoldo, procuratore predicti D. plebani Mortegliani ex altera et ueniendo ad formam termini prefatus D. Franc. dixit oppositiones factas instrumento superiori die per eum producto acceptare in parte et partibus pro se facientibus, in partibus uero contra dixit, quod non continent ueritatem, sed ueritas se habet, prout in dicto instrumento continetur. Ex aduerso dictus D. Nicolaus dixit, quod in dictis oppositionibus continetur ueritas et plus est scriptum in dicto instrumento, quam fuerit dictum, petens sibi terminum assignari ad probandum et examinationem committi uni ex notariis cancellarie. Qui R. D. Vicarius assignauit pro prima dilatione ipsi presb. Sebastiano terminum dierum X et commisit mihi Bertrando testium examinationem datis per alteram partem interrogatoriis, presentibus presb.

Paulo de Neapoli, capellano in Glemona et sp. legum doctore D. Bern. Bertolla. Von anderer Hand hinzugefügt: De qua commissione rogatus fui ego Jo. Monticulanus not.

53. 1492. März 8. (fol. 25). Coram u. s. comparuit preclarus juris doctor D. Nic. Guliola pro nobili Sr. Petro de Strasoldo et dixit uidisse instrumentum procuratorii productum per patrem Joan. Jacobum, plebanum Illegii et ideo ei opponendo dixit non releuare producentem in jure nec in facto pluribus rationibus et causis suis loco et tempore dicendis et allegandis et precipue, quia non extenditur ad credita postea contracta. Presente eximio juris doctore D. Riccardo de Fontebono pro dicto patre Joan. Jacobo dicente ipsum instrumentum releuare partem suam rationibus et causis suis loco et tempore dicendis et allegandis, dato, quod istud creditum fuisset postea contractum (ut asseritur) et debitor non habet querere istas subtilitates, dummodo soluat uero procuratori. Quibus sic dictis partes ipse posuerunt se ad terminum ad primam ad concludendum uel dicendum causam quare etc.

54. 1492. März 13. (fol. 27). Coram u. s. comparuit preclarus juris doctor D. Franc. de Tumetio, procurator presb. Jacobi Janisi predicti et produxit oppositiones contra instrumentum superiori die productum per sindicos plebis Enemontii tenoris infrascripti, dicens esse paratum producere modulam positionum, quas ibi deposuit penes officium cancellarie, presentibus ibidem clarissimis doctoribus D. Franc. de Strasoldo et D. Leonardo dl Torso, sindicis dicti plebis et non consentientibus productioni dictarum oppositionum, nihilominus petentibus copiam cum termino contra eas replicandi ac protestantibus, quod aduersarius non admittatur ad ponendum, quia intendunt ipsi prius probare et debent tanquam actores prius admitti ad ponendum. Et D. Franc. Tulmetanus dixit etiam esse actorem et debere prius admitti ad ponendum. Qui R. D. Vicarius oppositiones productas admisit in quantum de jure et decreuit illarum copiam petentibus cum termino ad eas replicandi ad diem Sabbati proximam, ad quam partes monuit.

55. 1492. März 31. (fol. 35). Coram u. s. comparentibus uen. D. Alouisio Justiniano cum clarissimis doctoribus D. Franc. de Strasoldo et D. Nic. Guliola ex una et eximio jurisconsulto D. Franc. de Tumetio pro illis de Basedo ex altera partibus. In quo termino predictus D. Fr. de Tumetio pro fauore partis sue in parte et partibus pro ea facientibus oretenus produxit supplicationem et breue apostol. impetratum pro parte sua ac sententiam datam per D. delegatum apostolicum existentes in manibus Sr. Antonii de Glemona, notarii publici Utini habitantis. Ex aduerso dictus D. Franciscus de Strasoldo dixit non consentire productis et quod negocium non est deuolutum, ut in exceptionibus suis, et quatenus esset deuolutum, appellatum fuisse ab interlocutoria, que debet justificari ex deductis etc.

56. 1492. Mai 8. (fol. 47ᵛ). Coram u. s. comparuit dictus presb. Gaudentius cum preclaro juris doctore D. Simone Philitino, aduocato suo et in causa

appellationis, quam habet cum uen. capitulo Ciuitatis Austrie reproduxit pro fauore jurium suorum bullas prouisionis beneficii sui, item bullas collationis facte presb. Amico de Notis Sr. Alexandri de Miutinis de uicariatu Faganee 1485 et de mense Julii, ad quem petiit dari literas preceptorias pro instrumento dicte collationis exhibendo. Insuper dictus presb. Gaudentius, quia ut dixit per bonum tempus fuit impeditus in lite et causa criminali et detentus in carcere adeo, quod non potuit suam prosequi appellationem, propterea institit sibi indulgeri secundum fatale, presente eximio doctore juris D. Bern. Bertolla, sindico prefati capituli et productioni jurium aduersarii non consensit, petiit tamen copiam sibi dari, quando fuerint actualiter producta, cum termino opponendi, quoad instantiam uero factam de indulgentia secundi fatalis dixit petita fieri non debere, quia dictus presb. Gaudentius sua culpa et non ex causa legitima fuit impeditus. Qui D. Vicarius producta admisit in quantum de jure, decernens copiam, cum fuerint realiter exhibita, prefato D. Bernardino cum termino opponendi dierum trium post habitam copiam.

57. 1492. Mai 10. (fol. 49). Coram u. s. comparuit presb. Gaudentius predictus cum D. Simone, aduocato suo ex una et sp. B. Bertolla, sindicus capituli ex altera. Ubi prefatus D. Bernardinus dixit opponendo contra literas collationis beneficii sibi factas per capitulum predictum, quod ipsis tanquam defectiuis non est standum, quia minus fuit scriptum, quam dictum et sic eas non releuare producentem etc., dictus uero presb. Gaudentius per os aduocati sui replicando dixit, quod litere sue sunt bone, ualide et auctentice et releuant et illis standum erat magis, quam libro capituli quoad notam prouisionis dicti beneficii, que est suspecta de falsitate, ut ex ipsius inspectione colligitur. . . . Qui D. Vicarius auditis partibus et admissis juribus hinc inde dictis et allegatis in quantum de jure pronunciauit et declarauit in ipsa causa esse conclusum.

58. 1492. Mai 19. (fol. 54). Comparuit ad officium uen. presb. Daniel Furnatoris, mansionarius Utinensis et nomine uen. capituli prefate ecclesie actualiter produxit in causa uertenti inter ipsum capitulum ex una et D. Florida certum extractum nonnullarum postarum ex libro mag. Francisci del Stainer, ciuis Utinensis, scriptas manu B. Runduli, quas alias dixit fuisse productas oretenus, tenoris infrascripti.

59. 1492. Mai 26. (fol. 59v). Coram u. s. comparuit Dominicus de Campilio cum D. Nic. Guliola, aduocato suo et opponendo contra instrumentum per aduersarium ultimo loco productum contra ipsum dixit illud non releuare producentem in jure uel in facto rationibus et causis suis loco et tempore dicendis et allegandis et maxime, quia idem Dominicus eadem facilitate fuit inductus ad faciendum donationem, de qua in instrumento et ad jurandum super ea, qui prius inductus extitit ad se compromittendum et jurandum super compromisso, instans propterea se absolui etiam ab hoc alio juramento cum expensis. Presente sp. doctore juris D. Bern. Bertolla, procuratore Georgii de Toriano et dicente instrumentum predictum releuare ipsum in jure et facto et exceptiones

ac oppositiones aduersarii in nihilo obstare nec ipsum releuare quoquo modo, quia non militant in jure uel in facto, nec sunt aliqua ueritate suffulte, et ideo ipsum Dominicum absolui non debere, instante sibi dari dilationem ad probandum sibi incumbentia. Qui D. Vicarius dicta, opposita et replicata ac petita hinc inde admisit in quantum de jure et assignauit ipsi D. Bernardino nomine sui principalis terminum dierum septem pro secunda dilatione ad probandum sibi incumbentia.

60. 1492. Juni 2. (fol. 60ᵛ). Coram R. patre et eximio decretorum doctore D. Hieronymo a Zendatis, Vicario ubi supra ad jus reddendum pro tribunali sedente comparuit uen. frater Bernardinus de Glemona, beneficiatus in Ziraco, cum eximio juris doctore D. B. Bertolla, aduocato suo et satisfaciendo termino sibi prefixo ad respondendum produxit responsionem cum exceptionibus suis respondens, excipiens et protestans, ut in eis, et in fauorem jurium suorum produxit etiam in quodam sacculo quasdam litteras obtentas a sede apostolica, item quasdam alias litteras cujusdam fratris Michaelis de la Turre, prioris S. Marie Venetiorum de Embulo, ordinis S. Benedicti, que omnia petiit admitti et quorum tenor inferius sequitur. Ex aduerso comparuit Joan. Antonius de Ziraco et Leonardus Mandrini de Griglono, sindici communium, de quibus in processu, cum sp. D. Nic. Guliola jurisconsulto, aduocato suo et dictis responsioni, exceptionibus et protestationi non consenserunt et dixerunt ipsas non militare in jure uel in facto ac illis non obstantibus fieri debere, ut in sua petitione, cui dixerunt insistere, similiter dictis assertis juribus productis non consenserunt, tamen petierunt eorum copiam cum termino opponendi. Qui D. Vicarius producta admisit in quantum de jure et decreuit copiam petitam cum termino dierum trium post habitam copiam ad opponendum.

61. 1492. Auguſt 23. (fol. 87.). Coram u. s. comparuit hon. uir Sr. Ambrosius de Trecio, aromatarius in Utino cum precellenti juris doctore D. Nicol. Guliola, aduocato suo in termino, ut dixit, citationis facte uen. D. Petro Tolucio ad recognoscendum quoddam chirographum suum, in quo est ejus debitor de libr. 27 sol. 9 et etiam in alia manu obligatus sibi in L. 4 pro rebus et medicinis ab eo et sua apotheca habitis, quod chirographum ibidem produxit et accusauit contumaciam ejusdem D. Petri, que fuit admissa, si non uenerit. Paulo post comparuit dictus D. Petrus et ibidem requisitus fuit ab eximio juris doctore D. Nic. Guliola prefato nomine dicti Sr. Ambrosii, quod confiteretur uel negaret, an dictum chirographum esset de manu sua. Qui D. Petrus uiso dicto chirographo confessus est esse de manu sua. Qua confessione facta prefatus D. Nicolaus omni meliori modo etc petiit eundem D. Petrum condemnari ad dictas L. 27. sol. 9 et alias quatuor soluendas saluis receptis cum expensis, petens sibi jus et justitiam ministrari etc. et terminus positus fuit ad primam ad specificandum recepta et ad eandem ad respondendum petitioni.

62. 1493. (fol. 252ᵛ). Richter beſtimmt hier einen „terminus, ut (aduocatus) uenire faciat principalem ad recognoscendum dictum chirographum.“

V. Eid.

a.) Schiedseid.

63. 1448. April 2. (fol. 8v). Coram u. s. constitutis Dominico Mezo de Vidulis parte ex una et presb. Antonio, officianti in Dignano parte ex alia. Ubi quidem prefatus Domin. dixit, quod idem presb. Ant. sibi dare et soluere tenetur libras solid. quindecim cum dimidia pro uino et aliis rebus ab ipso habitis, quare petiit ipsum presb. Antonium compelli ad soluendum predicta. Prefatus autem presb. Ant. dixit non teneri. Suprascriptus autem Dom. dixit, quod uult probare, quod idem presb. Ant. confessus fuit, teneri sibi in libris quatuor, petens sibi terminum assignari ad probandum. De aliis autem undecim libris cum dimidia, quia non potest probare, dixit uelle stare sacramento ipsius presb. Antonii. Ubi quidem idem presb. Ant. manutactis scripturis delato sibi per prefatum D. Vicarium debito sacramento jurauit corporaliter ad s. Dei euangelia, quod in nullo tenetur dicto Dominico. Quo audito prefatus D. Vicarius ipsum presb. Antonium per sententiam absoluit a dictis libris undecim cum dimidia et dicto Dom. terminum assignauit ad probandum de aliis quatuor libris usque ad diem Sabbati proxime futuram.

64. 1492. Mai 12. (fol. 50.). Coram u. s. comparentibus uen. D. presb. Joan. de Sinisio, plebano S. Marie de Tricesimo cum sp. D. Simone Philitino ex una in termino sibi dato ad grauandum de mandato sibi facto ad instantiam nobilis Sr. Curbelli de Curbellis de Utino occasione satisfactionis librarum 33 et solid. unius saluis receptis, in quibus asserebatur debitor dicti Sr. Curbelli uigore certi chirographi etc., et grauando de ipso mandato dicente se non esse debitorem, cum ipse habere debeat ab ipsis de Curbellis staria quatuor frumenti et siliginis staria tria et propterea petente se absolui et mandatum circumduci cum expensis, et ex altera comparentibus dicto Sr. Curbello ac Sr. Petro de Curbellis cum eximio juris doctore D. Franc. Tulmetano, eorum causidico et dicentibus uelle stare decisiue juramento ipsius D. plebani, si erat debitor uigore chirographi, de quo in mandato et quod ibidem produxerunt, sed non dimiserunt; et sic prefatus D. Vicarius dictis actoribus sic petentibus et stare nolentibus detulit juramentum ipsi D. Joanni plebano eumque interrogauit, si erat debitor uel non uirtute ipsius chirographi, qui D. plebanus manutactis scripturis jurauit et affirmauit, se non esse debitorem, sed potius creditorem ipsorum nob. de Curbellis attenta et considerata quantitate frumenti et siliginis data alias nobili Sr. Nic. de Curbellis, patri dicti Sr. Curbelli. Quo audito prefatus D. Vicarius ipsum D. plebanum absoluit a contentis in mandato ipsumque mandatum circumduxit presentibus dictis Sr. Curbello et nihil dicentibus et clariss. doct. D. Fr. de Strasoldo, D. Ricc. de Fontebono et D. Nic. Guliola et aliis multis.

65. 1493. October 25. (fol. 262v). Coram u. s. comparuit Ant. Agentis de uilla Bagnarie in termino noticie sibi date per uen. presb. Alouisium, bene-

ficiatum in dicta uilla Bagnarie, quod compareret, quia uolebat grauari de mandato ipsi presb. Alouisio facto ad instantiam dicti Ant., quatenus infra terminum in dicto mandato appositum deberet sibi satisfacere de libris solid. 24 sol., in quibus dictus Ant. asserebat ipsum presb. Alouis. obligari pro labore per eum impenso in quibusdam braidis ipsius presb. Al. etc. instans et petens dictum presb. Alouisium condemnari et condemnatum juris remediis compelli ad sibi satisfaciendum de dictis 24 libris sibi debitis pro residuo precii sibi per eum promissi pro labore per ipsum Ant. impenso in quibusdam suis braidis et de hoc dixit uelle stare juramento ipsius presb. Al. petens in premissis et circa ea sibi jus et justitiam ministrari omni meliori modo etc. cum expensis, de quibus fuit protestatus. Ex aduerso comparuit dictus uen. D. presb. Alouisius et negauit narrata per ipsum Ant., ut narrantur, esse uera et petita, prout petuntur, minime fieri debere et nolle jurare, sed uelle stare decisiue juramento ipsius Antonii. Prefatus itaque R. D. Vicarius auditis premissis detulit juramentum prefato Antonio, qui Ant. manutactis scripturis jurauit ad sacra dei euangelia, ipsum D. presb. Alouisium sibi teneri et obligatum esse in dictis libris 24 sol. pro residuo precii per eundem presbyterum sibi promissi pro putatione uitium duarum braidarum. Quo facto prelibatus R. D. Vicarius sedens pro tribunali u. s. more solito judicantis Christi nomine inuocato sententiauit, pronunciauit et declarauit dictum D. presb. Alouisium fuisse et esse debitorem dicti Antonii in dicta summa librarum 24 sol. pro labore et mercede sua ut supra, uictum uictori in exp. legit. condemnando, quarum taxationem sibi reseruauit. Presentibus dictis partibus et nihil dicentibus et N. et N. testibus.

66. 1493. October 26. (fol. 263.). Coram u. s. comparuit Sr. Marcus de Tudischinis, ciuis Utini, cum eximio juris doctore D. Ricc. de Fontebono, aduocato suo in termino sibi assignato ad respondendum certe petitioni contra eum facte per D. presb. Thomam, beneficiatum in S. Stephano et produxit responsionem suam cum quadam reconuentione dicens, narrans, respondens, reconueniens et concludens ut in ea, quam petiit admitti. Ex aduerso comparens dictus presb. Thomas cum eximio juris doctore D. Jo. Ant. Tergestino et uisa producta per ipsum Sr. Marcum dixit quantum ad confessionem dicti Sr. Marci, qua confitetur sibi teneri ad quartesium uini duorum annorum dixit eam acceptare, quantum uero ad quartesium primi anni dictorum trium per eum in sua instantia petitorum dixit uelle stare decisiue juramento ipsius Sr. Marci, si soluit sibi presbytero quartesium uini dicti anni, et productioni dicte reconuentionis dixit non consentire, tamen illius petiit copiam cum termino respondendi. Dicto Sr. Marco dicente nescire, si colonus suus retinuit dare sibi presbytero quartesium, tamen si retinuit et non soluit illud, fecit contra ejus uoluntatem, et super hoc uelle habere informationem, priusquam juret. Qui R. D. Vicarius auditis premissis et per eum admissis assignauit copiam dicte reconuentionis prefato presb. Thome cum termino ad octauam ad respondendum, monens ipsum Sr. Marcum ad eundem ad jurandum uel cedendum et interim ad se informandum.

In diesem folgenden Termine (fol 267v) legt der genannte Sr. Marcus den Eid wirklich ab in die Hände des Notars, der ihn über Auftrag des Richters „detulit", u. z. dahin: „non retinuisse quartesium prefato presb. Thome, nec a colono illud exegisse, nec colonus de sua commissione illud retinuit."

b) Erfüllungseid.

67. 1492. Januar 31. (fol. 12v). Coram u. s. comparuit uen. presb. Sebastianus predictus cum aduocato suo et reproductis attestationibus et processu in parte et partibus pro se facientibus institit pro conclusione et in supplementum probationis casu, quo non plene probasset, institit sibi juramentum deferri. Ex aduerso comparens clarissimus juris doctor D. Fr. de Strasoldo, procurator dicti D. plebani Mortegliani et suprascriptis non consensit et similiter petiit juramentum in supplementum probationis, si non plene probasset petensque alium terminum sibi dari ad producendum de juribus suis. Qui D. Vicarius terminum posuit ad octauam ad concludendum uel dicendum causam quare, interim tamen D. Franciscus deducat de juribus suis.

68. 1492. März 15. (fol. 28). Coram u. s. comparuit N., qui reproductis libris alias pro fauore jurium suorum productis ac processu in parte et partibus pro se facientibus fuit contentus, quod in causa concluderetur. Ex aduerso N. reproduxit processum et acta hactenus facta pro se et litisconsortibus in parte et partibus facientia et institit concludi in causa. Qui D. Vicarius reproductione hinc inde facta admissa in quantum de jure pronunciauit in causa esse conclusum. Deinde utraque pars fuit contenta, ut processus ingrosaretur et nihilominus ante ipsam conclusionem dictus N. petiit parti sue deferri juramentum in supplementum, in quantum expediret et prefatus N. implorando officium judicis in quantum uideatur parti sue potius tale juramentum deferendum.

69. 1492. März 27. (fol. 33v). Coram u. s. comparentibus N. ex una et N. ex altera partibus. Ubi ambe ipse partes fuerunt contente, quod prius examinato nobili Sr. Baptista de Cauoryaco pro ipso Sr. Daniele testes remanerent pro publicatis, saluo nihilominus jure opponendi etc. Et dictus Sr. N. per os aduocati sui, quatenus non plene probasset, institit sibi deferri juramentum in supplementum probationis. Domino N. dicente non consentire et non esse in casu, in quo ueniat dictum juramentum deferendum.

70. 1492. März 31. (fol. 34v). Comparentibus u. s. Joanne, filio et procuratore Sr. Antonii Andreucie de S. Vito ex una cum clarissimo jurisconsulto D. Fr. de Strasoldo aduocato suo, et spectatissimo legum doctore D. Odorico Merlatto, procuratore Sr. Danielis Cisternini ex altera partibus et procedendo in causa institerunt ipse partes, quod idem D. judex uisis duobus testibus nouissime examinatis pro dicto Sr. Daniele ministraret justiciam. Nihilominus idem D. Odoricus prius et ante omnia institit sibi deferri juramentum in supplementum probationis, D. Francisco dicente, non consentire et quod non sit in casu, in quo ueniat sibi juramentum in supplementum etc., tum quia primus testis non

est omni exceptione major, tum etiam quia testes sunt singulares. Qui D. Vicarius partibus auditis terminum posuit ad diem Martis proximam ad declarandum, ad quam partes monuit.

71. 1492. Juni 14. (fol. 67v). Coram u. s. comparuit precellens juris doctor D. Nic. Guliola, procurator heredum q. Domenatii, olim habitatoris Aquil., et in causa, quam habet cum Fr. Lorenzoni, habitatore Aquil., petiit sibi prius deferri juramentum in supplementum probationis et institit pro conclusione absente altera parte.

72. 1492. Auguſt 9. (fol. 77v). Coram prelibato R. D. Hieronymo Vicario in judicio comparentibus uen. presb. Sebastiano, beneficiato in S. Maria de Sclauonico cum aduocato suo ex una et uen. D. presb. Nicolao, plebano Mortegliano cum ejus causidico ex altera, et ueniendo ad formam termini prefatus presb. Sebastianus per os aduocati sui reproductis processu et scripturis in parte et partibus pro eo facientibus institit pro conclusione et quatenus non plene probasset, petiit sibi deferri juramentum in supplementum probationis. Ex aduerso dictus D. plebanus similiter reproduxit scripturas et processum in parte et partibus etc. dicens aduersarium tanquam aduersarium non debere jurare in supplementum probationis, sed ipsi deferendum esse dictum juramentum et non debere concludi, antequam producat certam scripturam, quam intendit producere uel quod reseruetur sibi jus illam producendi. Replicante dicto presb. Sebastiano, quod imo uenit sibi juramentum deferendum et non aduersario et quod si pars aduersa intendit aliquid producere, producat, quia uult copiam cum termino opponendi. Qui D. Vicarius partibus auditis pronunciauit in causa esse conclusum reseruata ipsi D. plebano facultate producendi illam scripturam, quam intendit producere et alteri parti, si producet, opponendi contra eam.

73. 1492. October 23. (fol. 105). Coram u. s. comparentibus mag. Pasculo de S. Daniele pro Abundantia filia sua cum precellenti juris doctore D. Simone Philitino, aduocato suo ex una et Sr. Andrea Pithiano, procuratore Sr. Danielis, fratris sui cum eximio jurisconsulto D. Odorico Merlatto, ejus causidico ex altera. Ubi dictus D. Simon dixit, non fuisse sufficienter responsum quinte positioni dicte Abundantie per dictum Sr. Danielem, qui respondit per uerbum non recordor, quia non potest pretendere ignorantiam in facto proprio, et quatenus non plene probasset institit dicte Abundantie deferri juramentum in supplementum probationis. Ex aduerso dictus D. Odoricus dixit, quod quoad juramentum petitum non uenit deferendum rationibus deducendis in futurum et allegandis, quoad uero ad responsionem faciendam dicte quinte positioni dixit, quod quatenus ipsi D. judici non uideatur esse sufficienter responsum, est honestum, quod respondeat sufficientius et procedendo in causa petiit ipse D. Odoricus terminum ad probandum opposita contra testes, instans moneri alteram partem ad uidendum produci de juribus suis. Qui D. Vicarius decreuit, quod dictus Sr. Daniel sufficientius respondeat dicte quinte positioni et assignauit dicto D. Odorico nomine antedicto terminum dierum XII ad probandum opposita et terminum posuit ad diem Sab-

bati. ad quem uenire debeat dictus Daniel ad respondendum dicte positioni et pro ea die admonuit dictum mag. Pasculum ad uidendum produci de juribus dicti Sr. Danielis.

74. 1492. October 30. (fol. 108). Coram u. s. comparuit N. in termino ad procedendum in causa et addendo instantie et requisitioni sue alias facte per os dicti D. Francisci dixit, quod D. Vicarius episcopalis curie Tridentine preter et contra juris formam ipsum D. N. grauauit deferendo juramentum parti aduerse in causa principali in supplementum etc. etiam non petitum, quod de jure minime deferendum erat, cum non esset semiplene probatum . . . ., ideo petiit declarari dictum juramentum nullo pacto fuisse deferendum.

VI. Notorietät.

75. 1492. Octob. 2. (fol. 99.). Coram ubi supra comparentibus Dominico de Brayda cum eximio doctore D. Jacobino de Lancellis et D. Nicolao Guliola aduocatis suis ex una et prestantissimo jurisconsulto D. Bernardino Bertolla procuratore dicti Georgii de Tooryano ex altera partibus: Ubi dictus D. Bernardinus dixit non potuisse habere literas ducales facientes fidem de guerra Tergestina existentes in manibus Sr. Joannis Pacis coadjutoris absentis a ciuitate, propterea institit sibi alium terminum assignari ad eas siue earum copiam producendum. Ex aduerso dicti D. aduocati pro dicto Dominico dixerunt non debere sibi assignari alius terminus, quia debuit facere diligentiam, quam non fecit, immo debet remanere conclusum in causa, D. Bernardino dicente, quod ad minus confiteantur sibi, dictam guerram Tergestinam fuisse de anno 1462 et 1463 et fuisse leuatam eo tempore, ubi dicti D. aduocati fassi sunt dictam guerram fuisse tempore D. Jac. Ant. Marcelli, tamen id non releuare partem dicti D. Bernardini nec in jure nec in facto pluribus rationibus et causis in posterum dicendis et allegandis, et dicto D. Bernardino dicente partem suam releuare in jure et in facto, instante mihi Bertrando coadjutori committi, ut uideam millesimum temporis dicte guerre et me informem, quo millesimo fuit leuata dicta guerra et sit conclusum. Qui D. Vicarius commisit mihi Bertrando, ut dictum tempus uideam et remaneat pro concluso.

VII. Interpellationes, interrogationes.

76. 1449. Mai 27. (fol. 26ᵛ). Coram u. s. constitutis Milano de S. Daniele cum egregio D. Herasmo ejus aduocato ex una et Michaele q. Nicolai Federici de dicto loco cum eximio D. Ant. de Belgrado ejus aduocato ex alia in termino suprascripto, in quo quidem termino prefatus Milanus petiit dictum Michaelem debere negare uel confiteri, si fuit tutor ipsius Milani uel non. Qui

Michael ibidem respondit, quod bene fuit tutor dicti Milani et sibi reddidit bonam, legalem et sufficientem rationem de administratis per eum et habet finem remissionem, quam ibidem produxit tenoris infrascripti, uidelicet etc. Prefatus uero Milanus dixit, quod per ejus aduocatum in causa principali certus error commissus fuit, uidelicet ubi debebat nominare dictum Michaelem ut tutorem, nominauit ipsum ut curatorem et propterea ex nunc dixit uelle reuocare et ibidem reuocauit dictum errorem. Prelibatus autem Michael dixit, quod ipse error est talis, qui non potest hoc modo reuocari. Quibus sic peractis de ipsarum partium uoluntate in ipsa causa conclusum fuit et habitum pro concluso.

77. 1449. December 2. (fol. 50ᵛ). Die Partei legt eine vom Gegner unterfertigte Urkunde, auf die sie ihre Ansprüche stützt, vor und frägt den Vertreter des Gegners: . . . „et petiit dictum Sr. Odoricum procuratorem u. s., si dicta litera est scripta manu ipsius presbyteri Christophori (der Gegenpartei); qui magister Odoricus dicto nomine uisa dicta litera dixit et confessus fuit dictam literam fuisse scriptam manu dicti presbyteri Christophori, sed dixit docuisse dictum mag. Nicolaum (Partei) legere et scribere super hoc; mag. Nicolaus negauit."

78. 1492. Januar. (fol. 15.). Coram Reuerendissimo in Christo patre et D. D. Jacobo Valaresso, episcopo Justinop. in patriarchatu et diocesi Aquilejensi sede uacante pro R. capitulo Aquilejensis ecclesie Vicario et gubernatori generali in camera sua cubiculari domus S. Antonii sue solite residentie de Utino existente: Comparentibus R. patribus D. Hieronymo de Nordiis decano, Leonello de Leonellis, Daniele de Puppis et Bernardo, canonicis ecclesie Beate Marie ciuitatis Austrie ex una, petentibus mandatum contra ipsos factum sub pena interdicti ab ingressu ecclesie ad instantiam D. Augustini de Coloreto, eorum canonici, resolui in citationem et causam hujusmodi, que summaria et breuis est, summarie et breuiter terminari, attenta re, super qua litigatur. Et ex aduerso ipso D. Augustino cum eximio juris doctore D. Jacobo de Castello, aduocato suo comparente et dicente causam ipsam esse ordinariam et magni ponderis et sic non summaria (uel summariam), propterea instante procedi ordinarie in ea, ac etiam si prefati Domini uolunt resolui mandatum in citationem, debeat etiam resolui mandatum ipsorum factum contra ipsum D. Augustinum. Quibus sic dictis et intellectis prelibatus Reuerendissimus D. gubernator resoluto etc. detulit juramentum ipsi D. Augustino de respondenda ueritate super his, de quibus eum interrogauerit, et deinde interrogauit eum, ubi essent litere et bulle q. D. Nicolai Loth. de quibus contenditur. Qui respondit illas dedisse fratri suo, qui eas secum Venetias detulit, ut postea eas Romam mitteret, a quo postea literas habuerit, illas misisse Romam. Qua responsione facta S. Reuerendissima Dominatio statuit et assignauit dicto D. Augustino terminum unius mensis cum dimidio proxime fut. ad faciendum reportari et reponi dictas literas et bullas in manibus cancellarii prefati capituli Ciuitatensis, unde illas accepit, et si eas habere

non poterit, quia ut per ipsum D. Augustinum allegatum fuit, scripture, que producuntur in causis, que Rome agitantur, rehaberi non possunt, nisi finita lite, quod per alteram partem uerum esse negabatur, tunc et eo casu idem D. Augustinus teneatur de hoc legitimam fidem facere per auctenticas literas illius D. Auditoris, qui audit dictam causam in Curia, quod ita sit de uiridi obseruantia in curia predicta et casu, quo idem D. Augustinus uel bullas ipsas reportari non fecerit uel dictam fidem non fecerit, declarauit, quod tunc declaratio et mandatum capituli contra ipsum D. Augustinum procedant et locum habeant. Presentibus prefatis D. decano et canonicis nomine capituli et nihil pro tunc dicentibus ac ipso D. Augustino cum aduocato suo nihilque in contrarium respondente, stantibus etiam ibidem nobilibus Sr. Daniele de Cormono et Sr. Odorico de Atempso testibus etc. (Von anderer Hand hinzugefügt: Ego Paulus Sanctoninus rogatus fui.)

79. 1492. März 8. (fol. 24). Coram u. s. comparuit N. in termino citationis facte N. et N. in causa exfortii et institit, ut responderent citationi. Qui D. Vicarius mandauit ipsis N. et N., ut responderent citationi et ita ipsi N. et N. ibi presentes responderunt singilatim penes D. Paulum cancellarium sine tamen aduocato de commissione prelibati D. Vicarii. Quo responso accepto ita instante Sr. N. moniti fuerunt ipsi N. et N. ad primam ad uidendum produci petitionem ipsius Sr. N. hora causarum.

80. 1492. März 8. (fol. 24). Coram u. s. comparentibus Sr. Ant. Gazola habitatore Aquileie, pro Catharina, uxore sua cum precellenti juris doctore D. Nic. Guliola, aduocato suo, ex una in termino citationis facte Jacobo Michaelis Rotharii de Monasterio ad respondendum sibi in jure super appellatione sua et Sr. Jacobo de Este, procuratore dicti Jacobi cum spectatissimo jurisconsulto D. Bernardino Bertolla, aduocato suo, ut de dicto procuratorio docuit scriptura manu Sr. Marci, cancellarii Aquileiensis, ex altera et dum dictus Sr. Antonius per os aduocati sui in narrando casum diceret ducatos 26, de quibus contenditur, ejus uxorem pro quanto spectabat ipsi Jacobo et parti sue exposuisse pro beneficio hereditatis et satisfecisse creditoribus, partes ipse ita conuenerunt, quod non obstante sententia uel appellatione ipse Sr. Antonius et ejus uxor probet, quod in beneficium hereditatis et in satisfaciendo creditoribus dictos ducatos exposuerit et hoc in termino XX dierum proxime futurorum coram judicio Aquileie et si probabit aliquam summam ita exposuisse, dictus Sr. Jacobus de Este, procurator nomine sui principalis promisit sibi ponere ad computum et si non probabit aliquid exposuisse, ipse Sr. Antonius siue ejus uxor remaneat condemnata in summam de jure obuenientem et spectantem dicto Jacobo pro portione hereditatis sibi tangentis, et interrogatus dictus Sr. Jacobus, si principalis suus est heres dicte hereditatis, de qua litigatur, respondit, quod est heres pro dimidia cum beneficio inuentarii et dictus D. Nicolaus pro clientulo suo dixit acceptare confessionem aduersarii in eo, quod dicit esse heredem, in eo uero,

quod dicit cum beneficio inuentarii dixit non acceptare presentibus eximiis doctoribus D. Odorico Merlatto et D. Francisco Tulmetano testibus.

81. 1492. März 10. (fol. 26ᵛ). Comparuit u. s. uen. presb. Gaudentius cum preclaro juris doctore D. Simone Philitino aduocato suo et dixit alias institisse, quod D. Bernardinus Bertolla responderet, si uolebat uti illa particula adjuncta in nota collationis beneficii ipsius presbyteri Gaudentii pro uera et auctentica uel non, et quia adhuc non respondit ad interrogata, institit denuo, quod respondeat, presente ibidem prefato D. Bernardino et dicente, quod uult facere uenire notarium et cancellarium capituli, qui dicat, si illa adjuncta est de manu sua uel non. Dictus presb. Gaudentius protestatus fuit, quod non currat sibi tempus.

82. 1492. März 13. (fol. 27). Coram u. s. comparuit Sr. Antonius aurifaber Utini habitans cum precellenti juris doctore D. Simone Philitino, aduocato suo, et dixit, quod Sr. Nicolaus Prosdocimi de Spilinitgo nomine suo et fratris habuit terminum ad hodiernam diem ad respondendum ejus instantie facte, quod deberet pro eo assumere judicium et defensionem in causa appellationis, quam habet cum fraternitate S. Antonii de S. Daniele et institit, quod D. Franc. Strasoldo respondeat dicte instantie tanquam procurator dictorum fratrum assertus. Qui D. Franciscus ibi presens dixit non teneri ad suscipiendum dictum judicium et dictus D. Simon protestatus fuit contra dictos fratres de expensis et petiit, si dicti fratres erant heredes eorum patris, et D. Franciscus respondit, quod sic cum beneficio inuentarii, et D. Simon dixit, quod in quantum dicat esse heredes, acceptabat, in quantum uero dicat cum beneficio inuentarii, non consentiebat pluribus rationibus et causis et presertim quia inuentarium non fuit legitime confectum rationibus et causis in futurum dicendis et allegandis et institit pro conclusione. D. Franciscus dixit uelle habere respectum usque ad diem Sabbati et uidere, si uult probare aliquid.

83. 1492. März 21. (fol. 32ᵛ). Coram u. s. comparuit uen. presb. Sebastianus predictus cum aduocato suo et institit, quod 15ª et 19ª positiones in ordine productarum per dictum D. plebanum cassentur et quod super eis nullatenus examinetur, cum sint eedem cum aliis et super eodem facto et super eis fuerint examinati testes et publicati et eorum dicta didicita, instans etiam, quod dictus D. plebanus declaret, si uult etiam nomine Domini clerici eas producere. Fortſetzung: 1492. März 29. (fol. 34). Coram u. s. comparentibus uen. presb. Sebastiano cum aduocato suo ex una et D. plebano Mortegliani cum clarissimo juris doctore D. Franc. de Strasoldo aduocato et procuratore suo ex altera et procedendo in causa idem presb. Sebastianus per medium aduocati sui petiit sibi per dictum D. Franciscum responderi, si fecit aliquas probationes pro D. clerico et si etiam nomine ipsius D. clerici producit positiones ultimo loco exhibitas. Qui D. Franciscus dixit et respondit, quod quamquam sit procurator dicti D. clerici, nullas pro eo fecisse probationes, nec pro eo produxisse positiones. Deinde dictus presb. Sebast. institit declarari, quod nullo modo admittatur ad probandum super 15ª et 19ª positionibus, sed eas institit resecari, cum sint

eedem cum aliis et super eodem facto et super ipsis examinati testes publicati et eorum dicta didicita, cum subsit timor subornationis. Presente dicto D. Francisco dicente fuisse justificatas et admissas, propterea non debere resecari, cum ipse D. Vicarius non possit se impedire in his, que fecit precessor suus, et dictus D. Nic. Guliola pro ipso presb. Sebastiano dixit, quod est idem tribunal et potest reuocare illam interlocutoriam, si aliqua extet. Quibus auditis terminus positus fuit ad diem Sabbati ad audiendum declarationem super premissis, ad quam monite fuerunt partes. Insuper dictus presb. Sebast. produxit modulum positionum, tenor ut infra, quas dictus D. Franciscus institit justificari, non consentiendo tamen prius ipsarum productioni. Quas positiones paulo post dictus D. judex justificauit et tanquam pertinentes admisit.

84. 1492. Juni 19. (fol. 69ᵛ). Coram u. s. comparuit dictus spect. juris doctor D. Nic. Guliola, sindicus et procurator ipsorum de Ziracum cum Joanne Antonio etiam sindico in termino posito, ut asseruit, ad procedendum ad ulteriora in causa et petiit, quod fr. Bernardinus ex aduerso principalis ibidem in judicio constitutus sibi respondere deberet confitendo uel negando, si detulerit habitum uel ne ante publicationem constitutionum Reuerendissimi D. legati apostolici Venetiis commorantis, ut possit deliberare, an debeat examinare testes uel non ad probandum contenta in tertia positione per eum negata. Qui fr. Bernardinus dixit, respondit et confessus fuit ut infra, uidelicet quod ipse ante publicationem dictarum constitutionum interdum detulit habitum monachalem patentem, interdum detulit illum sub pallio et interdum sub quadam ueste siue gunelino habitum ipsum portauit et interdum incessit sine ipso habitu, uidelicet quando iuit ad uenationem leporum siue ad laborandum in agris; quam confessionem dicti D. Nicolaus et J. Antonius acceptauerunt et institerunt pro conclusione in causa. Qui D. Vicarius audita instantia dictorum sindicorum et uiso termino precedenti, in quo D. Bernardinus Bertolla, aduocatus dicti D. fr. Bernardini, ipso etiam fr. Bernardino presente institerat pro conclusione, pronuntiauit et declarauit in causa ipsa esse conclusum, cui declarationi idem fr. Bernardinus presens et intelligens non contradixit.

85. 1493. Januar 12. (fol. 147). Coram u. s. comparuit precellens juris doctor D. Nic. Guliola, procurator Sr. Francisci q. Sr. Christophori de Aquileja in termino sibi assignato ad respondendum ipsi Sr. Saturno etiam de Aquileja super appellatione sua ad hoc tribunal patriarchale interposita etc. et primo interpellauit ipsum Sr. Saturnum, ut uellet sibi respondere et declarare, de quanta summa erat lis. Qui Sr. Saturnus dixit et declarauit, quod lis erat de libris solidorum septem et sol. Quam confessionem et declarationem prefatus D. Nicolaus acceptauit, deinde ueniendo ad formam termini dixit causam ipsam esse inappellabilem, quia de minori summa uigore statutorum agitur et constitutionum patrie et quatenus sit appellabilis dixit etc.

86. 1493. November. (fol. 267). Die Partei verlangt, es möge die Gegenpartei „juris remediis compelli ad sibi respondendum, si detinet dictam expensam

cum baculo pastorali et mitra“ etc., worum der Rechtsſtreit bevorſteht. Die Gegenpartei antwortet darauf: „quod non intendit respondere aliquatenus alicui preparatorio neque comparere in causa ista“ etc., u. z. deßhalb nicht, weil ſie den Richter für incompetent hält.

87. 1493. December. (fol. 276). Coram u. s. comparentibus Joanne de Treppo magno cum eximio juris consulto D. Bernardino Bertolla', aduocato suo ex una et uen. D. presb. Simone, beneficiato in S. Vito Faganee cum spect. legum doctore D. Riccardo de Fontebono, ejus causidico ex altera partibus: Dictus Joann. per organum prelibati sui aduocati interpellauit dictum presb. Simonem. si merces, que fuit sibi adjudicata per officium magnifici D. Locumtenentis, fuit adjudicata et per eum petita ex eo, quia presbyter ipse prestitit medelam dicto Joanni in una coxa fracta in duobus uel tribus locis. Et dictus D. presb. Simon respondit, quod merces sibi adjudicata fuit ex eo, quod ipse prestitit medelam dicto Joanni ipsum sanando de fractura cujusdam coxe fracte sub una uegete uini octo congiorum, quam mercedem petierat, instans pro conclusione. Idem uero D. Bernardinus institit sibi assignari terminum ad producendum certas scripturas manu Sr. Francisci de Maniaco, quas tunc oretenus produxit, saluo sibi jure producendi effectualiter. Dicto D. Riccardo opponente et dicente eas non releuare producentem in jure uel in facto rationibus et causis suis loco et tempore dicendis et allegandis. Qui R. D. Vicarius auditis premissis et admissis in quantum de jure habitisque supradictis scripturis pro productis declarauit in causa esse conclusum.

VIII. Geſtändniß.

88. 1448. April 8. (fol. 10.). Das Geſtändniß des Geklagten: „dixit et confessus fuit ac se conuictum uocauit de omnibus et singulis, que continentur in suprascripto instrumento scripto manu Sr. Thome notarii“ wird durch das Protocoll einfach conſtatirt und in der Fortſetzung der Verhandlung am 9. April 1448 (fol. 11) heißt es: Coram u. s. constitutus Sr. Antonius de Manino dixit, quod pridie frater Christophorus Scti Geruasii coram prefato D. Vicario uocauit se conuictum ab ipso de congiis uini quatuor et certis expensis saluis receptis etc., ut in ipsa conuictione scripta manu mei notarii infrascripti latius continetur, quare petiit ipsam conuictionem legi et sibi per predictum D. Vicarium assignari nuncios et caballarios ad pignorandum ipsum fratrem Christophorum pro contentis in ipsa conuictione. Quo audito et lecta per me notarium infrascriptum de mandato D. Vicarii dicta conuictione prefatus D. Vicarius ipsi Sr. Antonio omnes nuncios et cabalarios suc curie assignauit ad pignerandum ipsum fratrem Christophorum pro contentis in conuictione predicta cum expensis.

89. 1449. Februar 1. (fol. 7.). Millesimo etc. indictione XII. die uero Sabbati 1. Februarii actum Utini in domo R. D. Guarnerii Vicarii presentibus

egregio D. Antonio de Belgrado et Leonardo notario de Pithianis et Sr. Petro Turba de S. Daniele testibus etc. Venerabilis presbyter Franciscus, officians in Coloreto de Prato confessus fuit Sr. Philippo, filio mag. Nicolai, lanificis de Ciuitate Austria tamquam procuratori dicti ejus patris, ut asseruit, stipulanti et recipienti uice et nomine dicti ejus patris, se teneri et dare debere dicto mag. Nicolao lanifici libras solidorum decemocto uocans se de ipsis fore conuictum, ac si per sententiam conuictus esset.

90. 1449. Februar 26. (fol. 11ᵛ). Klägerin legt ſchriftliche Klage auf Herausgabe einer Menge genau aufgezälter und ſpecificirter Gegenſtände vor und verlangt Verurteilung des Geklagten ad restituendum etc. „Prefatus autem presbyter Joh. (Geklagter) dixit et sponte confessus fuit predictam Helenam portasse in domo sua suprascripta, sed dixit non habere in presenti unde soluere et satisfacere. Quibus auditis prefatus R. D. Vicarius sententiauit et determinauit, quod prefatus presb. Joh. teneatur et obligatus sit ad dandum et restituendum predicte D. Helene seu ejus procuratori pro ea suprascripta omnia in dicta petitione descripta, si extant, si autem non extant, ad dandum et soluendum ejus ualorem competentem. Quam sententiam prefatus Sr. Michael dicto procuratorio nomine laudauit et approbauit.

91. 1449. Mai 10. (fol. 19.). Coram u. s. comparentibus Michaele Johannis et Lucino tamquam camerariis ecclesie S. Clementis de Adeglacho parte ex una et Joh. Dorlici de Godia ex alia. Ubi quidem prefati camerarii nomine dicte ecclesie dixerunt, quod idem Johannes ipsi ecclesie uendidit quoddam pratum et promisit et eis dare manutentorem, quare petiit ipsum Johannem compelli ad dandum eis manutentorem, prout promisit. Prefatus Joh. dixit uerum esse, quod promisit dare manutentorem et uult dare. Quibus auditis prefatus R. D. Vicarius sententiauit ipsum Johannem teneri ad dandum manutentorem, ex quo confitetur promisisse et ipsi Johanni mandauit in pena excommunicationis, quod usque ad octo dies proxime futuros debeat dedisse dictum manutentorem ydoneum et sufficientem. Qui Johannes obtullit se facturum.

92. 1449. Mai 17. (fol. 24.). Coram u. s. comparentibus Sr. Culussio a Cereis de Utino tamquam procuratore Sr. Danielis de Verona habit. in Portagruario ibidem legitimato facta fide de procuratorio per me notarium infrascriptum ex una et presb. Petro, officianti in Lauzana parte ex alia. Ubi quidem prefatus R. D. Vicarius audita confessione prefati presb. Petri ibidem confitentis, se teneri dicto Sr. Danieli in ducatos quatuor et dictum Sr. Danielem habere unum breuiarium ipsius presbyteri Petri in manibus, sententiauit et declarauit, quod dictus Sr. Daniel faciat uendi dictum breuiarium ad incantum, et si non uenditur ad summam 4 ducatorum, idem presb. Petrus satisfacere teneatur dicto Sr. Danieli residuum usque ad dictam summam 4 ducatorum, quam sententiam ambe partes laudauerunt.

93. 1492. Januar 12. (fol. 5.). U. s. existens magister Michael de Leta, unus de citatis, dixit semper soluisse quartesium omnium fructuum ac etiam

secundorum seminum et stipulorum, et in futurum uelle soluere ipsi presbytero Bertrando et nolle ullo modo propter hoc litigare. Qui presb. Bertrandus hoc audito dicta per ipsum magistrum Michaelem acceptauit et eum absoluit ab obseruatione judicii hujus. Presentibus eximio phisice doctore D. Dominico a Judice de Ceneta et D. Lactantio de S. Daniele testibus etc.

94. 1492. Februar 20. (fol. 21ᵛ). Coram prelibato R. D. Vicario comparuit Georgius Arzach de uilla in Lincz diocesis Sagrabiensis et institit juris remediis compelli uen. presb. Othmarum de Gurgfeld pro nunc capellanum in Goricia ad sibi dandum et soluendum ducatos tres et libras tres solidorum pro eo solutos tanquam ejus fidejussor, item ad soluendum expensas factas pro consequendo dicto ejus credito contra ipsum presbyterum, petens sibi justitiam ministrari, presente dicto presb. Othmaro et confitente debitum dictorum ducatorum trium et librarum solidorum trium, tamen dicente ipsum Georgium non tantum exposuisse in expensas, petente sibi terminum assignari ad soluendum, quia pro nunc est impotens ad soluendum et ita manutactis scripturis jurauit non posse nunc soluere usque ad festum Michaelis. Qui R. D. Vicarius partibus auditis et taxatis expensis factis per dictum Georgium jurante (wol jurantem) tantum exposuisse in libras octo solidorum et considerato juramento prestito per dictum presbyterum assignauit terminum dicto presb. Othmaro usque ad festum S. Michaelis ad soluendum et satisfaciendum dicto Georgio tam de sorte principali quam de expensis ut supra taxatis et ita idem presbyter promisit jurejurando manutactis scripturis satisfacere in dicto termino uel usque ad diem dominicam post dictum festum S. Michaelis, in quo termino promisit per semet personaliter uel per nuncium sufficientem portare uel mittere dicto Georgio dictam summam debitam Crapine, ubi fit tunc annuale forum, et si non mittet uel portabit, uoluit et fuit contentus, quod elapso termino dictus Georgius possit expensis ipsius presbyteri uenire ad eum pro dicto suo credito, presente D. Lactantio et Sr. Thibaldo de Utino testibus etc.

95. 1492. Auguſt 11. (fol. 81.). Coram u. s. comparentibus eximiis doctoribus D. Odorico Merlatto pro Christophoro de Godia et D. Hieronymo de Melso pro Leonarda de dicto loco. Ubi dicte partes hinc inde opposuerunt testibus examinatis, quod non releuant nec in jure nec in facto et quod sunt discordes, singulares etc. et replicarunt, quod releuant etc. et ad interrogationem dicti D. Odorici dictus D. Hieronymus nomine, quo interuenit, confessus fuit, quod dictus Christophorus habet unam filiam cum pellice, quam tenebat et que puella est penes eandem pellicem. Tandem reproductis processibus et scripturis hinc inde conclusum fuit in causa.

96. 1492. Auguſt. (fol. 84.). Coram u. s. comparentibus Sr. Nicolao de Nicolettis, aurifabro, ciue Utini in termino, ut dixit, citationis facte uen. presbytero Prosdocimo, beneficiato in Tumba ex una et dicto presbytero Prosdocimo ex altera partibus: Ubi dictus presb. Prosdocimus uocauit se uerum debitorem ejusdem Sr. Nicolai de libris solidorum sex pro residuo certi debiti, quam

summam promisit ei soluere absque exceptione, dummodo det sibi habilem terminum ad soluendum, et ita ipso Sr. Nicolao contentante prefatus R. D. Vicarius assignauit eidem presb. Prosdocimo terminum ad satisfaciendum eidem Sr. Nicolao de dicta summa librarum sex usque ad festum S. Michaelis proxime futurum presentibus testibus.

97. 1492. November 7. (fol. 112.). Coram u. s. comparuit Sr. Paganus de Susannis, ciuis et aromatarius Utinensis in termino assignato Dominico de Cisis, habitatori de Joann. ad comparendum cum aduocato et institit dictum Dominicum per Suam Paternitatem condemnari et condemnatum compelli ad sibi satisfaciendum de ducatis quatuor cum dimidio per eum alias dicto Dominico mutuatis cum expensis, de quibus fuit protestatus. Ex aduerso comparuit dictus Dominicus de Cisis et dixit, quod est uerum, quod tenetur dicto Sr. Pagano in dictis 4 ducatis cum dimidio sibi mutuatis, sed quod dictus Sr. Paganus tenetur et obligatus est ei in majori summa et quod uult facere secum rationes, quibus rationibus inter ipsos factis uult compensare. Dicto Sr. Pagano dicente, quod de liquido ad non liquidum non fit compensatio et quod creditum suum est liquidum et quod si dictus Dominicus uult et intendit aliquid peters ab eo, petat et quod est paratus respondere, instante et petente ut supra. Qui R. D. Hieronymus Vicarius auditis dictis petitione et instantia ejusdem Sr. Pagani ac confessione prefati Dominici condemnauit prefatum Dominicum ad satisfaciendum ipsi Sr. Pagano de suprascriptis ducatis 4 cum dimidio cum expensis reseruans eidem Dominico jus et actionem contra eundem Sr. Paganum agendi et experiendi coram suo judice pro asserto suo credito consequendo presentibus N. et N. testibus.

IX. Positionalverfahren.

98. 1448. Mai 25. (fol. 30v. u. 31.). Die Sabbati XXV. mensis Mai actum Utini in domo habitationis R. D. Guarnerii Vicarii presentibus Sr. Bastiano de Susano et Sr. Nicolao de Strassoldo testibus ad hec habitis: Coram R. D. Guarnerio Vicario etc. constitutus Sr. Ant. Colateralis, filius Sr. Georgii de Justinopoli, habitans Utini manutactis scripturis delato sibi per me notarium infrascriptum de mandato dicti D. Vicarii debito sacramento jurauit corporaliter ad S. Dei euangelia respondere ueritate (ueritatem) positionibus supra productis pro parte D. Menie, filie mag. Georgii de Ciuitate austria et eisdem respondit ut infra, uidelicet:

Et primo ad primam respondit, quod non credit ut ponitur, sed uerum est, quod Dominicus Stipendiarius, de quo in possitione fit mentio, uenit ad ipsum Sr. Antonium et dixit, si uultis soluere unum par caligarum, ego faciam, quod uos habebitis Meniam, de qua in possitione fit mentio et gaudebitis ipsa, uidelicet: Voi, ve dare a piaser cum ella, et aliter non credit.

Ad secundam non credit ut ponitur, quia ipse nunquam commisit ipsi Dominico, quod nunciaret dicte D. Menie, ut in dictis duabus possitionibus continetur.

Ad terciam credit. — Ad IV^am^. non credit ut ponitur. — Ad V^am^. d^o^. — Ad VI^am^. non credit ut ponitur, sed uerum est, quod quadam die predictus Dominicus Stipendiarius uenit ad ipsum Sr. Antonium et dixit, Domina Menia dicit, quod uellet te alloqui et quod ipsa ueniet in sua campa et tu uenies in domum meam et secum loqueris. Et ipse Sr. Ant. respondit ipsi Dominico, possemne intrare in ipsam campam et Dom. respondit, ego nescio, saluo quod non euellerem scalam et ipse Sr. Antonius respondit, euellas duos scalinos et sic ipse Dominicus euulsit ipsos scalinos et tunc hora data inter ipsos ipsa D. Menia uenit in ipsam campam et dictus Sr. Antonius etiam intrauit in ipsam campam per eum locum, ubi euulsi erant scalini et dum intrasset ipse Sr. Antonius prima facie uoluit ipsam Meniam capere animo cognoscendi eam et dum ipsa renueret et nollet consentire, ipse Sr. Antonius dixit ipsi Menie, si tu fay al me senno biata ti ch' io non te abandonaro, et ipsa Menia pur noluit sibi consentire, tunc ipse Sr. Antonius ipsam campam exiuit, et aliter non credit.

Ad VII. non credit. — Ad VIII. d^o^. — Ad IX. non credit ut ponitur. — Ad X.—XIV. d^o^. — Ad XV. non credit ut ponitur et ipse Sr. Antonius nunquam dixit, quod ipsa Menia esset uxor sua.

Ad sextam decimam non credit ut ponitur, sed uerum est, quod dum ipse Sr. Antonius et dicta D. Menia esset in quadam domo extra portam S. Petri, mag. Georgius, pater dicte D. Menie superuenit et dixit inter alia ipsi Sr. Antonio, per mio contento tochegli la man, et sic ipse Sr. Antonius tetigit manum ipsi D. Menie et dixit, Monia como steuo, et non aliud et aliter non credit.

Ad XVII.—XXII. non credit ut ponitur. — Ad XXIII.—XXV. non credit.

Ad uigesimam sextam non credit, quia nunquam sibi consensit. — Ad XXVII. non credit, quia non consensit ut supra. — Ad XXVIII. non credit ut ponitur, quia nunquam cum eo conuenit. — Ad XXIX. credit. — Ad XXX. credit. — Ad XXXI. non credit ut ponitur. — Ad ultimam non credit ut ponitur.

Der weitere Proceßverlauf (fol. 31^v^) iſt folgender: Dieſe Responsiones werden in Gegenwart beider Parteien publicirt, darauf erklärt die Partei, welche die Poſitionen geſtellt: „uelle probare et facere examinari testes super possitionibus negatis“ und verlangt Vernehmung des Vaters der Menia und eine „compulsoria aliis ejus testibus“. Der Zulaſſung des Vaters widerſetzt ſich die Gegenpartei „quia est pater et pater non debet admitti ad testificandum in causa filie“ und weil er in dieſer Rechtsſache oft als Vertreter für ſeine Tochter erſchienen ſei, wogegen Ponent bemerkt, es könne derſelbe ja zugelaſſen werden „reseruato jure opponendi contra eum.“ Der Richter „decreuit compulsoriam cunctis testibus pro parte D. Menie nominandis, quod compareant ad jurandum et deponendum et monuit (beide Teile) ad allegandum in jure, utrum pater

debeat admitti ad testificandum in causa filie uel ne, et ad uidendum jurare testes.“ Bei dieſen Allegationen im folgenden Termine wird zur Entſcheidung dieſer und noch einer anderen Frage das Gutachten eines beſtimmten Rechtsverſtändigen eingeholt und darnach dann auch wirklich vorgegangen.

99. 1448. December 10. (fol. 76ᵛ). Coram etc. comparentibus egregiis d. D. Herasmo de Utino tamquam procuratore Sr. Francisci ut supra parte ex una et D. Antonio de Nordiis quo supra procuratorio nomine ex alia. Ubi quidem prefatus D. Herasmus reproduxit positiones alias per eum supra productas in uim articulorum non recedendo tamen a jure possendi ipsis positionibus per uiam positionum quandocunque sibi libuerit (?), et instetit prefatum D. Antonium debere dare et exhibere interrogatoria uel interrogatores et postea fieri commissionem ad examinandum testes per eum nominandos. Ex aduerso uero prefatus D. Antonius dicto nomine dedit et nominauit in interrogatorem Sr. Paulum notarium de Venzono, habitatorem in Ciuitate austria. Quibus sic peractis prefatus R. D. Vicarius fecit mihi Nicolao, notario infrascripto commissionem ad sacramentandum et examinandum omnes testes per dictum D. Herasmum nominandos super dictis articulis cum suprascripto Sr. Paulo interrogatore.

100. 1449. Januar 9. (fol. 5.). Coram u. s. . . . . Insuper ipse D. Herasmus dicto nomine produxit quasdam exceptiones in uim possitionum tenoris infrascripti, uidelicet: Sr. Antonius de Justinopoli etc. instans partem aduersam respondere debere per sacramentum ipsis possitionibus per uerbum credit uel non credit et super negatis debere testes per eum nominandos examinari; prefatus autem D. Antonius dicto nomine dixit ipsas exceptiones non debere admitti et presertim non debere super eis testes examinari. Quibus auditis prefatus R. D. Vicarius ipsas exceptiones admisit in uim possitionum reseruato, quod uideatur, utrum super ipsis debeant testes examinari uel non et facta fuit mihi notario infrascripto commissio ad recipiendum juramentum ipsius Sr. Antonii primo et deinde responsiones ipsius D. Menie super dictis possitionibus et ipse partes admonite fuerunt ad audiendum publicari ipsas responsiones ad diem Sabbati proxime futuram.

101. 1492. Januar 7. (fol. 1ᵛ). Coram u. s. comparuit Sr. Antonius quondam Sr. Joannis Sr. Hectoris de Utino nomine suo et fratrum absentium, pro quibus promisit de rato, cum precellenti jureconsulto D. Riccardo de Fontebono, aduocato suo et in causa, quam habent cum presbytero beneficiato in Madrisio Varini produxit positiones et capitula, et positiones ibidem posuit per juramentum credulitatis instans alteram partem cogi ad eis respondendum medio simili juramento, protestans, quod sibi non currat tempus, quousque responderit. Ex aduerso comparuit eximius juris doctor D. Simon Philitinus pro dicto presbytero et productioni dictorum capitulorum et positionum non consensit nihilominus fuit contentus, quod essent admisse saluo jure impertinentium et non admittendarum, promittens facere uenire principalem suum ad respondendum

ipsis positionibus contentarique, quod parti aduerse non currat interim tempus Capitulorum tamen petiit copiam.

102. 1492. Januar 9. (fol 3.). Coram prelibato R. D. Vicario in judicio comparuit Marcus Andree de Faedo, procurator assertus Bernardini, consobrini sui et procedendo in dicta causa matrimoniali, quam habet cum Maria Petri claudi de dicto loco, produxit modulam positionum tenoris infrascripti, quas prius tamen intellectas posuit per juramentum credulitatis, instans dictum Petrum cogi pro Maria filia sua ad eis respondendum medio simili juramento, presente dicto Petro, asserto procuratore Marie filie sue et productioni dictarum positionum non consentiente ac dicente admitti non debere, nisi saluo jure impertinentium et non admittendarum etc. Qui D. Vicarius dictas positiones admisit saluo jure impertinentium et non admittendarum, mandans dicto Petro, ut eis respondeat medio juramento credulitatis. Deinde dictus Petrus manutactis scripturis jurauit ad sacra Dei euangelia respondere ueritatem juxta credulitatem suam super ipsis positionibus. Et demum sibi lectis eis singilatim respondit, ut in fine uniuscujusque apparet D. Vicario presente.

103. 1492. Januar 10. (fol. 4.). Coram u. s. comparuit Thomasinus, habitator uille Topogliani, sindicus communis dicti loci, cum preclaro juris doctore D. Riccardo de Fontebono, aduocato suo, causa et occasione ponendi per juramentum positiones superioribus diebus productas pro dicto commune in causa appellationis, quam habet cum Petro Driani de S. Vito Cranuglii. Ex aduerso comparuit spectatissimus juris doctor D. Nic. Joannis de Corthona pro dicto Petro instans, quod dictus Thomasinus ipsas positiones ponere debeat per juramentum in animam suam et communis sui. Ubi dictus Thomasinus delato sibi juramento manutactis scripturis in animam suam et sui communis jurauit ad sacra Dei euangelia ipsas positiones credere esse ueras, instans cogi dictum Petrum ad ipsis positionibus respondendum medio simili juramento credulitatis. Et ita positus fuit terminus ad diem Sabbati, ad quam prefatus D. Nic. Joannis promisit conducere et uenire facere dictum Petrum ad respondendum dictis positionibus, nihilominus protestatus fuit, quod ipsi Petro non currat tempus.

104. 1492. Januar 10. (fol 4.). Coram u. s. comparuerunt Marcus de Faedo cum aduocato suo ex una et Petrus claudus de dicto loco pro Maria, ejus filia cum ejus causidico ex altera et procedendo in causa appellationis inter partes ipsas uertentis dictus Marcus per medium sui aduocati institit pro responsionum factarum positionibus suis publicatione saluo jure probandi super negatis et sic dicte responsiones publicate fuerunt. Quibus uisis idem D. Bernardinus institit pro conclusione in causa ipsa et D. Simon institit partem aduersam moneri pro alia die ad uidendum etiam pro parte sua produci modulam positionum et postquam fuerint producte prefigi terminum principali aduersario suo ad personaliter ueniendum ad respondendum ipsis positionibus. Qui D. Vicarius terminum prefixit ipsi D. Simoni ad producendum positiones et ponendum et dicto Marco ad conducendum Bernardinum, ejus principalem ad ipsis respondea-

dum. Et ita instante D. Bernardino monuit dictum Petrum pro singulis diebus et horis juridicis ad procedendum in ipsa causa ad omnes actus usque ad sententiam.

105. 1492. Januar. (fol 7.). Coram u. s. comparuit uen. presb. Victor, beneficiatus in uilla Madrisii de Varnio et ad delationem prelibati D. Vicarii manutactis scripturis jurauit ad sacra Dei euangelia respondere ueritatem per uerbum credit uel non credit positionibus productis et positis per Sr. Antonium Sr. Hectoris in causa inter eos uertente presente dicto Sr. Antonio. Deinde remotis arbitris lectis eidem presbytero Victori dictis positionibus singilatim eis respondit, ut in fine uniuscujusque apparet. Quibus responsionibus receptis comparentibus partibus coram prelibato R. D. Vicario ipsas responsiones publicauerunt reseruato jure dicto Sr. Antonio probandi super negatis.

106. 1492. Januar 24. (fol. 10.). Coram u. s. comparuit spectatissimus juris doctor D. Simon Philitinus, procurator substitutus Marie de Faedo et manutactis scripturis jurauit ad sacra Dei euangelia in manibus mei notarii in animam constituentis credere positiones superiori die productas esse ueras, instans, quod altera pars eis respondeat contentansque, quod, quando responderit, remaneant pro publicatis. Ubi supra constitutus personaliter Bernardinus de Faedo principalis manutactis scripturis jurauit ad sacra dei euangelia respondere ueritatem ipsis positionibus per uerbum credit uel non credit et sic sibi lectis et uulgarizatis astante prefato D. Vicario eis respondit, ut in fine uniuscujusque apparet.

107. 1492. Februar. (fol. 14ᵛ). Coram u. s. comparuerunt spect. legum doctor D. Nic. Joann. de Corthona pro Petro Driani ex una et spect. jurisconsultus D. Riccardus de Fontebono pro illis de Topogliano ex altera: Ubi ambe partes publicauerunt responsiones factas per dictum Petrum positionibus illorum de Topogliano, dummodo sit sufficienter responsum. Et prelibatus D. Vicarius super negatis assignauit terminum probandi dierum XX proxime futurorum illis de Topogliano dato interrogatorio uel interrogatoriis per alteram partem. Et predictus D. Nic. Joannes protestatus fuit, quod non currat tempus parti sue.

108. 1492. Februar 13. (fol. 18ᵛ). Coram u s. comparuerunt Bartholus Tridentinus cum D. Francisco, aduocato suo et Sr. Stephanus, procurator Marie cum D. Riccardo, ejus causidico et quia nondum Bartholus responderat positionibus Marie superiori die productis, fuerunt contente dicte partes, quod quam primum responderit, responsiones habeantur pro publicatis et ad instantiam dicti D. Francisci admonitus fuit idem D. Riccardus pro die crastina de mane ad uidendum produci ejus capitula. Paulo post constitutus personaliter dictus Bartholus coram prelibato D. Vicario delato ei juramento manutactis scripturis jurauit ad sacra Dei euangelia respondere ueritatem super dictis positionibus et eis declaratis et uulgarizatis respondit, ut in fine ipsarum continetur.

109. 1492. März 8. (fol. 25.). Coram u. s. comparuerunt spectabiles juris doctores D. Nicol. Joannis pro Petro Adriani ex una et D. Riccardus pro illis

de Topogliano ex altera, ubi de communi concordia posuerunt terminum ad diem Martis proximam, ad quam dictus Petrus uenire debeat ad respondendum sufficientius positioni, in qua continetur de animalibus tentis per ipsum in dicto territorio, ita tamen, quod R. D. Vicarius primo uideat, si est illi positioni sufficienter responsum uel non.

110. 1492. März 15. (fol. 28.). Coram u. s. comparente eximio juris doctore D. Riccardo de Fontebono uti sindico et procuratore communis Topogliani et instante dicto nomine, quod Petrus Driani aduersarius suus respondere teneatur sufficientius super octauo articulo suarum positionum mandarique suo procuratori, quod eum uenire faciat ad respondendum et ex aduerso presente et intelligente prestanti juris doctore D. Nicolao Joannis, procuratore dicti Petri et dicente id fieri non debere: Dictus D. Vicarius audita instantia predicta et uisa responsione prius facta dicte octaue positioni dixit et declarauit, quod Petrus sufficientius respondere teneatur eidem positioni negando uel confitendo etc. mandans prefato D. Nicolao Joann., ut eundem Petrum uenire faciat ad respondendum pro die Mercurii proxime futura, que erit XXI. presentis mensis.

111. 1492. März 17. (fol. 30.). Coram u. s. comparuit eximius juris doctor D. Nic. Guliola, assertus procurator Sr. Petri de Strasoldo dicens alias fuisse assignatum terminum presbytero Jacobo, plebano Illegii Carnee, siue spect. D. Riccardo de Fontebono, ejus procuratori, quod uenire faceret ipsum principalem ad respondendum positionibus in causa productis et nihil factum est, quare institit dictas positiones haberi pro confessatis et in causa ad ulteriora procedi aut saltem, quod sumptibus ejus fiat commissio alicui notario, qui recipiat responsiones ab ipso presbytero Jacobo super ipsis positionibus. Ex aduerso comparuit dictus D. Riccardus dicens partem suam, ut ad eam proxime scripsit, non potuisse uenire dupliciter impeditam, primo ex propria infirmitate, secundario ex multis infirmis existentibus in plebe, quos dimittere non potuit et ideo fieri non debere juxta instantiam aduersarii. Qui D. Vicarius auditis partibus statuit ipsi D. Riccardo terminum uenire faciendi ipsum principalem ad respondendum dierum X proxime futurorum et si non uenerit termino elapso, mittatur illuc sumptibus suis ad recipiendum responsa super dictis positionibus, presentibus partibus et aliud non dicentibus.

112. 1492. März 21. (fol. 31v). Coram prefato uen. D. Siluestro, Vicario substituto ubi supra pro tribunali sedente comparuit uen. D. presb. Nicolaus, plebanus Mortegliani cum aduocato suo dicens uidisse responsiones factas per presb. Sebastianum positionibus suis, qui non respondit sufficienter 14ª., 17ª., 18ª. et 20ª., sed tantum per uerbum ignorat, institit propterea, quod iterum sufficientius eis respondeat per uerbum credit uel non credit. Qui D. judex declarauit, quod dictus presb. Sebastianus ipsis positionibus sufficienter respondeat. Prefatus itaque presb. Sebastianus existens in cancellaria satisfaciendo declarationi facte medio juramento credulitatis sibi iterum delato denuo respondit dictis 14ª, 17ª., 18ª. et 20ª. positionibus.

113. 1492. März 27. (fol. 33ᵛ). Coram u. s. comparuerunt clarissimi doctores D. Franc. de Strassoldo et D. Leon. del Torso, sindici parochianorum Enemontii et procedendo in causa, quam habent cum presb. Jacobo Janis produxerunt replicationem contra oppositiones factas instrumento producto per dictos de Enemontio tenoris ut infra et ulterius produxerunt modulam positionum tenoris infrascripti, instantes committi delationem juramenti hinc inde et receptionem responsionum super ipsis positionibus; presente eximio juris doctore D. Franc. Tulmetano, procuratore dicti presb. Jacobi et non consentiente productioni dictarum replicationum et similiter productioni positionum ac instante declarari, quod primo ipse admittatur ad ponendum, cum sit in possessione et juxta ordinem juris debet ipse anteponi, dictis D. Francisco et D. Leonardo dicentibus ipsos esse principales, propterea debere primo admitti. Qui D. Vicarius partibus auditis et admissis dictis et productis in quantum de jure, terminum posuit ad diem Sabbati ad audiendum declarationem, quis debeat prius admitti ad ponendum, ad quam partes monuit.

114. 1492. März 29. (fol. 34.). Coram u. s. comparuit eximius juris doctor D. Nic. Guliola pro Sr. Petro de Strasoldo et institit, quod ex quo presbyter Joann. Jacobus non uenit ad respondendum positionibus, quod mittatur expensis suis ad eas recipiendum juxta terminum precedentem. Ex aduerso comparuit preclarus jurisconsultus D. Riccardus de Fontebono pro ipso presb. J. Jacobo dicens ipsum suum principalem non potuisse uenire, quia est ualetudinarius, propterea petiit dari literas ad D. plebanum Tumetii, quod ipsa responsa recipiat expensis suis recuperandis nihilominus in fine litis et ita fuit protestatus, quod de eis refici debeat, cum hoc cedat in beneficium ejusdem Sr. Petri, et D. Nicolaus dixit non consentire dicte protestationi et quod expensis ipsius presbyteri debent leuari dicte litere propter precedentem contumaciam, et D. Riccardus dixit nullam fuisse precedentem contumaciam et quod etiam in precedenti termino dicte litere decerni debuissent. Partibus auditis prefatus D. judex decreuit literas petitas expensis presbyteri et admisit protestationem ejus nomine factam in quantum de jure, cui D. Nicolaus non consensit.

115. 1492. März 29. (fol. 35.). Coram u. s. comparuit uen. presb. Sebastianus cum aduocato suo et clarissimus juris doctor D. Fr. de Strassoldo, procurator D. plebani et pluribus hinc inde dictis allegandis circa admissionem uel non admissionem 15ᵉ. et 19ᵉ. positionum, terminus positus fuit per prefatum D. judicem ad diem Martis proximam ad declarandum, ad quam monite fuerunt partes.

116. 1492. Mai 12. (fol. 50ᵛ). Coram u. s. comparuit clarissimus juris doctor D. Franc. de Strasoldo et in causa plebisanorum Enemontii contra presb. Jacobum Janisi dixit responsionibus factis positionibus partis sue non esse sufficienter responsum, instans declarari, quod aduersarius teneatur sufficientius respondere. Ex aduerso comparuit spect. juris doctor D. Franc. Tulmetanus, procurator ipsius presb. Jacobi, dicens contrarium et propterea petens declarari

fuisse et esse sufficienter responsum. Qui D. Vicarius auditis partibus et uisis responsionibus per eundem presb. Jacobum factis dixit, pronunciauit et declarauit esse sufficienter responsum. Qua declaratione facta idem D. Franc. de Strasoldo petiit sibi dicto nomine assignari terminum ad probandum de juribus suis. Qui D. Vicarius eidem assignauit terminum ad probandum dierum XVI pro prima dilatione, cui assignationi prefatus D. Fr. Tulmetanus non consensit dicens uelle producere interrogatoria sua et si non produxerit tempore, quo erunt testes parati deponere, remansit contentus, quod examinatio eorum fiat sine et hoc, quia aduersarius petebat declarari, quod non curreret tempus sibi dilationis, usque quo non dedisset interrogatoria.

117. 1492. Mai (fol. 52ᵛ). Coram u. s. comparuit prefatus D. Jacobus de Castello, procurator ejusdem Sr. Joannis de Herculonianis instans, quod D. Vicarius responderi faciat ad suas positiones in forma juris Radum, habitatorem Aquileje, unum ex aduersariis suis ibidem presentem et prefigi terminum spect. D. Nicolao Guliola, procuratori dicti Radi et aliorum litisconsortum ad uenire faciendum alios ad respondendum. Qui D. Vicarius mandauit ipsi Rado, quod discedere non debeat, antequam respondisset positionibus dicti Sr. Joannis et statuit terminum prenominato D. Nicolao ad uenire faciendum alios usque ad diem Martis proxime futuram.

118. 1492. Mai 26. (fol. 59.). Coram u. s. comparuit precellens doctor juris D. Franc. Tulmetanus, procurator dicti presbyteri Jacobi Janisi et in causa uertenti inter eum et homines plebis Enemontii produxit modulam infrascriptarum positionum, quas petiit justificari. Ex aduerso comparuit clarissimus juris interpres D. Franc. Strasoldus, sindicus dictorum hominum et dicte productioni non consentiente dicenteque, quod ipse D. Vicarius aduertat in justificatione facienda, ne sint eedem cum suis per eum productis uel cõntrarie. Qui D. Vicarius accepit terminum ad justificandum positiones predictas usque ad primam juris.

119. 1492. Mai 26. (fol. 59.). Coram u. s. comparuit eximius juris doctor D. Bernardinus Bertolla, procurator nobilis Sr. Jo. Fontane de Goricia et institit per clarissimum juris doctorem D. Fr. de Strasoldo, sindicum R. capituli Aquil. responderi positionibus partis sue uel saltem, quod ipse D. Franc. deputet uel eligat unum ex canonicis melius informatum, qui eo assistente respondeat; presente dicto D. Francisco et dicente se nullo pacto respondere uelle, sed contentari, quod uen. D. Antonius de Susanis, unus ex canonicis respondeat ad illas et ex nunc ipsum D. Antonium ad hunc solum actum respondendi ad ipsas positiones auctoritate sibi attributa substituit, approbans etiam responsa per eum facienda, quam substitutionem prefatus D. Vicarius admisit in quantum de jure, decernens etiam, quod responsiones faciende per D Antonium intelligantur et sint juridice facte ut a substituto, quibus prefatus D. Bernardinus nomine, quo supra non contradixit, sed contentus remansit.

120. 1492. Juni 26. (fol. 70ᵛ). Coram u. s. comparuit N. in termino citationis facte M. et accusauit contumaciam ipsius M. non comparentis, quam

petiit admitti cum expensis et in ejus contumaciam institit responsiones alias factas per dictum M. positionibus ejusdem N. publicari debere et sibi decerni citationem dicto M. ad dandum sua interrogatoria cum comminatione, quod si non dederit sua interrogatoria, examinabuntur sine. Qui D. Vicarius facta fide prius de presentatione dicte citationis contumaciam ipsam admisit cum expensis et citationem petitam decreuit.

121. 1492. Juli 19. (fol. 74). Coram u. s. comparentibus uen. presb. Matheo de Brischis cum ejus aduocato ex una et uen. presb. Gabriele, plebano Medune cum suo aduocato ex altera: Ubi ita partibus instantibus publicate fuerunt responsiones facte positionibus dicti presb. Mathei per eundem presb. Gabrielem in causa mansi et dicto presb. Matheo ita instanti assignatus fuit terminus XX dierum pro prima dilatione ad probandum super negatis et dictus presb. Gabriel cum aduocato suo petiit copiam capitulorum, que sibi decreta fuit cum termino formandi sua interrogatoria et si ea non dederit, fuit contentus, quod examinentur testes per D. Vicarium sine aliis interrogatoriis.

122. 1492. Juli 19. (fol. 74ᵛ). Coram u. s. comparuit spectatissimus juris doctor D. Bernardinus Bertolla, assertus procurator Sr. Joannis Fontane de Goricia et in causa, quam habet cum R. capitulo Aquil. dixit produxisse alias positiones, quibus nondum est responsum, propterea institit, quod committantur responsiones recipiende D. Paulo cancellario, siue Bertrando coadjutori cum juramenti delatione a uen D. Antonio de Susanis, qui eis respondere debet. Qui D. Vicarius receptionem dictarum responsionum commisit prefato D. Paulo cancellario uel dicto coadjutori cum juramenti delatione.

123. 1492. Auguſt 11. (fol. 80.). Coram prefato D. Hieronymo Vicario in camera sua cubiculari domus S. Antonii, sue residentie de Utino ad jus reddendum sedente comparentibus clarissimo juris doctore D. Fr. de Strasoldo, sindico Enemontii ex una et eximio jurisconsulto D. Fr. Tulmetano, procuratore dicti presb. Jacobi Janisi ex altera. Ubi dictus D. Fr. Tulmetanus pro clientulo suo in dicta causa positiones alias per eum productas et per ipsum D. Vicarium justificatas reproduxit et habens facultatem eas ponendi, ut in fine earum, manutactis scripturis per informationem, quam dixit habere, in animam constituentis jurauit ad sacra dei euangelia credere esse ueras instans, quod unus de Antiquioribus et informatis eis per simile juramentum respondeat. Cui productioni D. Fr. de Strasoldo nomine antedicto productioni et positioni dictarum positionum non consensit dicens, quod faceret uenire unum de sindicis de melius informatis ad eis respondendum, et quia destitit per me Bertrandum coadjutorem, quominus testes sui fuissent examinati, propter absentiam D. Pauli cancellarii a ciuitate Utini, ut fidem ego feci, idem D. Fr. de Strasoldo institit declarari, quod nisi die Lune proxima (quo die uolo equitare ad examinandum) incipiat currere terminus assignatus ad probandum et ulterius committi examinationem quorundam aliorum testium examinandorum. Qui D. Vicarius dictas positiones admisit in quantùm de jure decernens, quod unus de senioribus et bene informatis

dictorum sindicorum Enemontii respondeat ipsis positionibus et ulterius commisit mihi Bertrando Rundulo examinationem testium examinandorum pro illis de Enemontio declarans, quod terminus eis assignatus incipiat currere die Lune proxime futura. Von anderer Hand hinzugefügt: „de qua quidem commissione rogatus fui ego Joannes Monticulanus, notarius Utinensis."

124. 1492. Auguſt 25. (fol. 88.) Coram u. s. comparentibus uen. presb. Leonardo, beneficiato in Ronignano cum aduocato suo ex una et spectatissimo jurisconsulto D. Fr. Tulmetano, procuratore illorum de Siuiglano ex altera: Ubi dictus presb. Leonardus accusauit contumaciam Andree de Siuiglano, qui respondere debebat positionibus suis, non respondentis, instans, quod debeat pronunciari easdem positiones remanere pro confessatis. Qui D. Vicarius pronunciauit dictas positiones remanere debere pro confessatis cum termino purgandi moram usque ad diem Jouis proximam.

125. 1492. Auguſt. (fol. 91.). Coram u. s. comparentibus spect. juris doctore D. Riccardo de Fontebono pro Petro predicto de S. Georgio ex una et dicta Lucia cum prestanti jurisconsulto D. Fr. Tulmetano, procuratore suo ex altera: Ubi dictus D. Riccardus institit, quod dicta Lucia respondeat positionibus suis. Et ibi ambo procuratores fuerunt contenti, quod dicte responsiones, quam primum responderit, remaneant et habeantur pro publicatis. Paulo post ipsa Lucia coram eodem D. Vicario medio juramento sibi ibidem delato respondit ipsis positionibus per uerbum credit uel non credit, ut in fine uniuscujusque apparet.

126. 1492. November. (fol. 115ᵛ). Es erſcheint die Partei und bemerkt, es ſeien ſchon vor längerer Zeit von ihr Poſitionen vorgelegt worden, welche der Richter, wie er bei der Vorlage erklärte, juſtificiren wollte, ſie wiſſe nunmehr nicht, ſeien ſie juſtificirt oder nicht. „Dom. uero Vicarius dixit et respondit, qualiter positiones predictas diligenter inspexit et eas ex causis et rationibus manu sua a tergo notatis rejecit. Quo responso habito dicti N. et N. dixerunt non consentire dicte rejectioni et uelle habere ipsarum copiam et si eis uidebitur, quod pars sua contra justitiam sit grauata in dicta rejectione, protestati sunt de appellando. Qui D. Vicarius copiam petitam procuratoribus dari decreuit."

X. Rechtsgutachten.

127. 1448. Juni 1. (fol. 34.). Coram u. s. comparentibus D. Antonio de Belgrado quo supra procuratorio nomine parte ex una et Sr. Antonio de Justinopoli una cum D. Erasmo, ejus aduocato, parte ex alia. Ubi quidem prefatus D. Ant. de Belgrado dicto nomine petiit prefatum D. Vicarium debere declarare, quod pater et mater dicte D. Menie admittantur ad testificandum in dicta causa

matrimoniali reseruato ipsi Sr. Antonio jure opponendi et excipiendi post publicationem testium. Prefatus autem Sr. Ant. de Justinopoli una cum dicto D. Erasmo. ejus aduocato, dixit D. Vicarium debere pronunciare. quod ipsi parentes dicte D. Menie non admittantur ad testificandum in ipsa causa et quod primo debet disputari super oppositionibus et exceptionibus, antequam examinentur. maxime quia allegatur disparitas in nobilitate et diuitiis. Dictus autem D Ant. de Belgrado dicto nomine dixit, quod debeat primo examinari et post publicationem disputari super exceptionibus, quia negatur disparitas. Prefatus autem Sr. Antonius petiit hos duos articulos, uidelicet: utrum parentes dicte Menie admittantur ad testificandum uel non et utrum disputatio super exceptionibus uel oppositionibus debeat fieri, antequam examinentur uel post. committi consilio sapientis sumptibus suis reficiendis tamen per succumbentem. Quibus auditis prefatus D. Vicarius commisit egregio D. Francisco de Filitinis pro confidenti per utramque partem dato, quod consuleret de jure super dictis articulis, uidelicet: utrum parentes dicte D. Menie debeant admitti ad testificandum in dicta causa eorum filie uel non et utrum disputatio super exceptionibus fieri debeat, antequam examinentur, an uero post. Suprascriptus autem D. Antonius petiit debere super dictis articulis deferri D. Erasmo, aduocato dicti Sr. Antonii juramentum calumpnie, post que ipse D. Vicarius ipsum D. Erasmum admonuit ad diem Martis proxime futuram ad jurandum de calumpnia super dictis articulis stante tamen et firma remanente commissione suprascripta. — Fortſetzung: 1448. Juni 18. (fol. 39ᵛ). Coram u. s. comparentibus partibus: Ubi quidem de ipsarum partium uoluntate consilium D. Francisci de Filitinis apertum, lectum et publicatum fuit, cujus tenor talis est, uidelicet: Visa commissione mihi per R. etc. Quo consilio lecto et publicato prefatus R. D. Vicarius pronunciauit in omnibus et per omnia, ut in ipso consilio continetur, uidelicet, quod parentes Menie admittantur ad testificandum in dicta causa, nisi probetur disparitas etc. et quod exceptiones Sr. Antonii admittantur ante examinationem testium, sed fiat disputatio et examinatio super ipsis exceptionibus solum post publicationem testium dicte D. Menie etc., ut in ipso consilio latius continetur. Quam quidem sententiam et pronunciam prefatus D. Antonius laudauit et dictus Sr. Antonius in parte et partibus facientibus pro ipso acceptauit et non aliter. Post que D. Vicarius ipsas partes admonuit ad procedendum ad ulteriora ad diem Jouis proximam.

128. 1448. Auguſt. (fol. 55.). Es erſcheinen beide Parteien und die eine (Franciscus) „institit causam ipsam committi consilio sapientis. Suprascriptus uero Sr. Antonius (Gegenpartei) dicto nommine non recedendo ab appellatione per eum dicto nomine supra interposita dixit, quod non consentiebat alicui commissioni, nec uoluit aliquem allegare confidentem. Dictus uero Sr. Franciscus instetit, quod idem D. Vicarius ipsam causam committeret cuicunque sibi placeret. Quibus auditis prefatus R. D. Vicarius ipsam causam consulendam et dicidendam commisit egregio utriusque juris doctori D. Francisco de Filitinis de Utino."

129. 1449. Februar 15. (fol. 9.). In einer anhängigen Appellationsſache bringen die beiden Parteien ihre Begehren vor. „Quibus auditis de ipsarum partium uoluntate in ipsa causa conclusum fuit et ipsa causa commissa fuit consulenda egregio D. Francisco de Filitinis, confidenti per utramque partem dato et allegato.“

130. 1449. Februar 15. (fol. 9ᵛ. — fol. 11.). In Christi nomine Amen. Nos Guarnerius de Artenea, plebanus S. Danielis et pro Reuerendissimo in Christo patre et D. D. Ludouico, miseratione diuina tituli St. Laurentii in Damaso presbytero Cardinali, camerario apostolico sancteque Aquilegiensis ecclesie patriarcha etc. in eadem diocesi et prouincia Aquilegiensi in spiritualibus Vicarius generalis etc. cognoscentes et decidentes causam appellationis ad nos et officium nostrum interposite per honestam D. Amorosiam, filiam Sr. Renaldi Panzera de Portugruario, siue ipsum Sr. Renaldum ejus nomine a quadam sententia per uenerabilem et egregium decretorum doctorem D. Ysach de Firmo, Vicarium Concordiensem surrogatum ac judicem subdelegatum ab egregio decretorum doctore D. Pasquali de Pasqualinis de Anximo, Reuerendissimi in Christo patris et D. D. Babtiste, Dei gratia episcopi Concordiensis Vicario generali contra prefatam D. Amorosiam et dictum Sr. Renaldum, ejus patrem et in fauorem Sr. Francisci, aurificis de Verona, Utini habitantis de consilio sapientis lata, qua pronunciatum fuit nullum probatum fuisse matrimonium inter dictos Franciscum et Amorosiam et dictum Sr. Renaldum male et indebite contrarium asserendo dicto Sr. Francisco detraxisse et sibi silentium imponendum etc., ut in ipsa sententia continetur, uisa ipsa sententia cum omnibus et singulis processibus in dicta causa principali coram prefato D. Ysach factis, productis et actitatis et ipsis sententia et processibus cum omnibus juribus et allegationibus utriusque partis diligenter examinatis, uisisque petitione per prefatam D. Amorosiam, seu Sr. Renaldum ejus nomine in causa appellationis coram nobis et officio nostro facta, qua petiit per nos pronunciari bene appellatum et bene (richtig: male) judicatum et responsione dicti Sr. Francisci ac litis contestatione et omnibus et singulis processibus et scripturis coram nobis inter dictas partes factis, productis et actitatis et ipsius cause conclusione et omnibus et singulis juribus et allegationibus, que dicte partes dicere, producere et allegare noluerunt, uiso quoque consilio sapientis superinde recepto tenoris infrascripti, uidelicet: In causa appellationis matrimoniali uertentis inter D. Amorosiam, filiam Sr. Renaldi Panzera de Portugruario, siue dictum Sr. Renaldum ex una et mag. Franciscum, aurificem de Glemona (wol Verona, wie oben), ciuem Utini ex alia causa et occasione diuulgationis et assertionis contractus matrimonii inter predictas partes, prout latius in processibus continetur, mihi commissa per R. D. Guarnerium de Artenea, in spiritualibus in patria Fori Julii Vicarium generalem ad consulendum, que esse debeant ejus partes in pronunciando in premissa appellationis causa, uisis processibus tam cause principalis, quam appellationis ipsisque cum juribus et allegationibus utriusque partis diligentissime examinatis,

habito super his maturo consilio et deliberatione uidendum est, utrum in causa principali fuerit bene judicatum de consilio eximii decretorum doctoris D. Joh. de Melso uel ne, quoniam in hac causa appellationis nichil ulterius est deductum seu probatum, et uideretur dicendum, quod non, nam dicta D. Amorosia sufficienter uidetur probare matrimonium per unum testem, uidelicet mag. Antonium Marangonum, qui clare uidetur deponere de contractu matrimonii per uerba de presenti et nemini uenit in dubium, quod unus testis facit semiplenam probationem, ut in ca. ex insinuatione Extra de procur. et c. dilectus de success. ab intest. et notatur glo. in l. in bone fidei C. de jur. jur., merito in supplementum probationis debebat deferri juramentum ipse D. Amorosie, ut in l. admonendum ff. de jur. jur. et dicta l. in bone fidei, et quod hoc casu, ex quo adest dictum unius testis recte super federe matrimonii deponentis, sit deferendum juramentum in supplementum probationis, uidetur tenere host. in summa de jur. jur., § super quibus, uersiculo quid de casu monacationis, ubi dicit, quod melius et tucius est, quod deferatur ei sacramentum, qui matrimonium asserit esse contractum, habenti unicum testem bonum secundum uarias et bonas circumstantias arbitrio judicis committendum. Idem uoluit Archy. XXVIII. q. 1. c. uiduas, qui dicit se fecisse de facto consuli, quam oppinionem in casu nostro sequutus fuit D. Ysach, Vicarius et judex in hac causa substitutus, ut apparet ex ejus declaratione facta die Lune XXVIIII°. mensis Januarii 1448, et deinde dictam suam declarationem et pronunciationem executioni mandauit, quia die ultimo Januarii detullit juramentum prefate D. Amorosie, que suo sacramento affirmauit inter eosdem contractum esse matrimonium, igitur ex his uidebatur, quod stante dicta declaratione, quod in supplementum probationis esset deferendum juramentum dicte D. Amorosie, que habebat pro se unum testem et quam interlocutoriam ipse judex non reuocauit et consequenter transiuit in rem judicatam, cum non fuerit appellatum, ut in c. cum dilectus de ellect. et c. significauerunt de testibus, prefatam D. Amorosiam probasse sufficienter et plene intentionem suam juxta ea, que habentur in dicta l. in bone fidei et l. admonendum de jur. jur. et in c. fi. Extra eodem tit. et propterea concludendum uidebatur male fuisse judicatum de consilio prefati D. Johannis. In contrarium autem suprascriptis non obstantibus est dicendum, uidelicet bene fuisse et esse judicatum de consilio prefati D. Johannis causis et rationibus in ejus consilio eleganter deductis nec non et aliis pluribus inferius deducendis et primo, quoniam prefata D. Amorosia nec plene nec semiplene intentionem suam probauit, unicus ejus testis dumtaxat deponit super federe matrimonii, uidelicet mag. Ant. Marandonus, qui multis rationibus non est omni exceptione major, nam ut unus testis faciat semiplenam probationem, est necesse, ut sit omni exceptione major, sic. quod ejus dictum aliqua presumptione seu suspicione elidi non possit. glo. est notabilis in l. 1. c. qui et aduersus quos et notat Bar. in l. admonendum et Bal. elleganter in c. 1. § sacra. de consuet. recti feudi coll. X. dicens secundum glo. Johannis, quod tunc unius testis testimonium facit indicium, quando est

probate uite et opinionis, nec potest haberi suspectus familiaritate uel alia de causa judicis arbitrio committenda, et propterea presupposita opinione Host. et Archy. pro uera, quod in matrimoniali habenti unum testem pro se deferendum sit juramentum in deffectum probationis, in casu isto nullo modo fuisset deferendum, cum dictus testis non sit omni exceptione major. quinimo tam in persona quam in ejus dicto est mirabiliter suspectus, primo in persona, quia compater ipsius Sr. Raynaldi, qui ipsam Amorosiam tenuit ad fontem sacri baptismatis et ideo conuinctus affinitate spirituali, item amicissimus ipsius Sr. Raynaldi, maximam gerens affectionem et dilectionem ipsi D. Amorosie, ex quibus ejus fidei plurimum detrahitur juxta ea, que in simili proposito habentur de matris testimonio. ut notat glo. singulis in l. etiam matris ff. de probat. ac etiam de testimonio fratris, ut notat Specu. in tit. de teste § 1 uerbo sed numquid frater et Bar. in l. qui testam. ff. de testamentis; secundo ejus dictum multum eum reddit suspectum, primo, quia in pluribus contrariatur dicto et confessioni ipsius D. Amorosie tam circha uerba substantialia ipsius contractus, quam etiam in tempore, item sibi ipsi uidetur contrarius super quarto et quinto capitulo, ex quibus ejus dictum omnino uidetur annullari per ea, que habentur in c. licet de probat. et appell. c. sollicitudinem et in l. 1. in pr. et l. ob carmen § si testes ff. de testibus; item est suspectus, quia deponit extra articulum, ut deducit primus consultor per ea, que habentur per Bar. in l. si quis libertate § fin. ff. de petit. heredit.. quamquam in hoc posset saluari, ex quo fuit interrogatus a judice et jurauit dicere ueritatem super tota causa, ut dicunt doctores moderni in l. si duo patroni § idem Jull. ff. jur. jur.. et maxime quando illud, quod dicit, facit ad causam, ut dicit Bal. in l. non nudis C. de probat. Cum ergo ex supradictis idem testis multipliciter sit suspectus tam in persona, quam in dicto et non sit omni exceptione major, etiam stante dicta opynione Host. et Archy. in hoc casu non erat deferendum juramentum in supplementum probationis. quoniam talis testis non facit indicium nec semiplenam probationem. prout requiritur ad hoc, ut possit deferri juramentum in supplementum probationis juxta ea. que plane habentur per doc. in dictam l. admonendum et l. in bone fid. et c. fin. de jur. jur. Male ergo interlocutus fuit prefatus D. Ysach, Vicarius substitutus. dum pronunciauit deferendum esse juramentum dicte D. Amorosie in supplementum probationis et propterea consultor circha diffinitiuam tacite uidetur dictam interlocutoriam reuocasse. dum ea non attenta consulit et declarat nullum fuisse probatum matrimonium inter dictos Franciscum et Amorosam, quam reuocationem facere potest non solum expresse, ut in c°. cum cessante de appell. et l. quid jussit ff. de re judic., sed etiam tacite, ut habetur in l. cum procur. § 1. et l. si opus ff. de op. nou. nunc. Sed presupposito, quod dicta D. Amorosa habuisset unicum bonum testem pro se omni exceptione majorem, in hoc casu locus non esset dillationi juramenti, quia hec est causa ardua et quodammodo de statu hominis agitur, pro hoc ejus seruitus in ipso constituitur. ut habetur prima ad Corinthios c. XXVIII, ubi apostolus inquid,

quod uir sui corporis potestatem non habet, sed mulier et econtra, quia qui possidet, possidetur, glo. in c°. ex transmissa de resti. spoli. super uerbo cognita in fi., item talis causa inter arduas enumeratur in eo, quod not. de offic. Archy. c. ad hec et probatur de consan. c. 1. in fi., unde alibi comparatur cause criminali de restit. in integr. c. penult., in qua criminali non est locus dilationi juramenti necessarii, ut not. Bar. in l. maritus ff. de questionibus, quinimo in causa ciuili, que est de magna quantitate, non defertur juramentum in supplementum probationis, ut in auct. de teste § et licet ibi multe pecunie etc. et notant doc. in dictam l. admonendum, ergo multo minus in causa matrimoniali, ubi uertitur causa status corporis et anime, ut in l. sancimus in fi. C. de sacros. eccles. et hanc opyn. de directo in terminis et signantur determinat glo. in c. mulieri Extra de jur. jur., idem glo. juris ciuilis in l. 3. § 1. ff. de jur. jur., idem tenet Specu. in tit. de juramenti dellatione uerbo ut autem ibi etc. idem tenet Vincent., ut refert Archy. in dicto c. uideras (uol uiduas), idem communiter tenent omnes doctores moderni, tam Legiste, quam Canoniste in locis preallegatis et maxime D. Cardi. Flor., qui specialiter ad hoc mouetur, quia cum in canonibus tot cause matrimoniales agitate sint, nullibi tamen reperitur, quod sint terminate per juramentum, imo contrarium aperte innuit de testi. c. super eo § 1, ubi ad dictum unius testis non separatur matrimonium, sed requiritur juramentum plurium testium, nec dicitur ibi, quod causa possit terminari per juramentum partis, quod non fuisset ommissum, sicut non ommittitur de procur. c. ex insinuatione et de jur. jur. c. fi. libro VI°. et hec opy. cum sit communis glossarum juris ciuilis et canonici et roborata auctoritate famosissimorum doctorum, in decidendo sequenda est juxta doctrinam nobilem Jaco. Luterg. in l. 1ª. C. qui pro sua inter. jud. da. pos. — Ex supradictis ergo Jesu Christi ejusque gloriosissime matris nominibus innocatis dico et consulo, bene et juste judicatum et male fuisse et esse appellatum, uictum uictori in expensis legitimis condempnando juxta ea, que habentur in l. cum quem temere ff. de judi. et l. properandum § sin autem C. eo. tit. Laus deo Amen. Et ita dico et consulo ego Franciscus de Filitinis de Utino, juris utriusque doctor et in fidem premissorum me subscripsi et sigillaui." — et ipsius consilii formam sequentes Christi nomine inuocato ipso Sr. Francisco presente et dictis D. Amorosa et Sr. Renaldo, ejus patre absentibus, licet legitime citatis ad hanc nostram sententiam audiendam, quorum absentia dei presentia repleatur, dicimus, sententiamus, pronunciamus et declaramus, per prefatum D. Ysach, judicem subdelegatum de consilio sapientis fuisse et esse bene et juste sententiatum et per prefatam D. Amorosam et Renaldum, ejus patrem fuisse et esse male appellatum, uictum uictori in expensis legitimis condempnando, quarum taxationem nobis in posterum reseruamus. Et ita dicimus, sententiamus, pronunciamus et declaramus omnibus melioribus modo, uia, jure et forma, quibus melius scimus et de jure possumus et debemus.

Lata et in scriptis promulgata fuit suprascripta sententia per prefatum R.

D. Guarnerium, Vicarium, Utini in camera ejusdem R. D. Vicarii, quem locum sibi pro juridico ellegit et deputauit, ad jus reddendum pro tribunali sedentem die Sabbati XV. mensis Februarii de 1449 indict. XII. prefato Sr. Francisco aurifice presente et pro infrascripta sententia ferrenda instante et absentibus dictis D. Amorosa et Renaldo, ejus patre, licet legitime citatis, prout de relatione citationis constitit per literas magnif. D. Alouisii Filetro, potestatis Portug., nec non presentibus nobili uiro Sr. Joh., q. Sr. Sim. de Faganea, gastaldione S. Dan., Sr. Leon. de Tumecio et Sr. Math. not. clapici testibus ad hec habitis, uocatis et rogatis. Quam sententiam prefatus Sr. Franciscus laudauit et approbauit.

131. 1449. December 10. (fol. 53ᵛ). Coram etc. comparentibus egregiis doct. D. Antonio de Belgrado, procuratore D. Menie de Ciuitate austria parte ex una, instante causam suprascriptam expediri et D. Herasmo procuratorio nomine Sr. Antonii de Luciattis de Justinopoli ex alia, instante et petente ipsam causam committi consilio sapientis, cum in hoc casu sit et ueniat disputandum de apicibus juris et etiam aliis bonis respectibus et dicto D. Antonio consentiente et similiter instante datis ibidem confidentibus prefatus R. D. Vicarius de ipsarum partium uoluntate ipsam causam commisit famoso utriusque juris doctori D. Francisco de Filitinis de Utino, cui taxati fuerunt pro ejus salario ducati 4 attenta magnitudine processus et casus difficultate. Das hierüber erteilte consilium iſt in folgendem Urteile enthalten.

132. 1449. December 18. (fol. 56. — fol. 58.). Nos Guarnerius de Artenea, plebanus S. Danielis et pro Reuerendissimo in Christo patre et D. D. Ludouico, miseratione diuina tituli S. Laurentii in Damaso presb. Cardinali, camerario apostolico sancteque Aquil. ecclesie Patriarcha etc. in eadem diocesi et prouintia Aquilegiensi Vicarius generalis cognoscentes et decidentes causam et questionem matrimonialem coram nobis et officio nostro uentillatam inter honestam D. Meniam, filiam mag. Georgii, pelliparii de Ciuitate austria ex una parte, agentem et petentem et prouidum ac discretum uirum Sr. Antonium, notarium de Justinopoli parte ex alia, se tuentem occasione matrimonii inter ipsos, ut asseritur, contracti etc., ut in processibus superinde factis continetur, uisa petitione per prefatam D. Meniam seu ejus procuratorem coram nobis et officio nostro in scriptis producta hujusmodi sub tenore, uidelicet: Coram nobis Reuerendissimo patre et D. D. Guarnerio de Artenea, plebano S. Danielis, Reuerendissimi D. patriarche Aquil. in eadem patria in spiritualibus generali Vicario etc. comparet honesta D. Menia, filia mag. Georgii, pelliparii de Ciuitate austria et conqueritur de Sr. Antonio de Justinopoli, nunc collaterali in patria, quod licet idem Sr. Antonius cum eadem D. Menia per uerba legitima de presenti contraxerit matrimonium etiam per annuli impositionem subarratione secuta fueritque inter eos tamquam ueros conjuges carnalis copula subsecuta, quod idem Sr. Antonius presentibus pluribus et ipsa D. Menia sepius fuit clare proprio ore confessus, promittens eandem pro sua conjuge, donec uiueret, habiturum nec derelicturum eandem, nunc tamen eandem D. Meniam pro sua conjuge habere recusat, quare

prefata D. Menia petit per uos et uestram sententiam declarari inter eos legitimum matrimonium fuisse contractum eundemque Sr. Antonium sibi in uirum adjudicari et eam maritali affectione per ipsum Sr. Antonium tractandam fore decerni eumque ad id condempnari et condempnatum juris remediis per uos et compelli et superinde sibi fieri et ministrari justiciam secundum quod melius fieri potest et debet, petit etiam expensas litis, uisaque ipsius Sr. Antonii responsione respondentis et dicentis narrata in petitione non fore uera et petita fieri non debere et superinde litis contestatione, uisisque possitionibus et articulis per ipsam D. Meniam seu ejus procuratorem super contractu et federe matrimonii productis et responsionibus per dictum Sr. Antonium ipsis possitionibus factis et dictis ac attestationibus testium pro parte dicte D. Menie super ipsis possitionibus et articulis examinatorum et exceptionibus ac oppositionibus per dictum Sr. Antonium seu ejus procuratorem contra ipsos testes productis et possitionibus pro parte dicte D. Menie super paritate et disparitate productis et testibus super ipsis possitionibus examinatis et possitionibus etiam per dictum Sr. Antonium super paritate et disparitate productis et testibus ac dictis et attestationibus testium super ipsis examinatorum et exceptionibus seu oppositionibus per dictum Sr. Antonium contra suprascriptos testes productis in uim possitionum et responsionibus per dictam D. Meniam ipsis possitionibus factis et testibus ac dictis et attestationibus testium super ipsis exceptionibus examinatorum et possitionibus pro parte dicte D. Menie super fama suorum testium productis et testibus superinde examinatis, uisisque, auditis et diligenter examinatis omnibus et singulis, que ipse partes et earum aduocati et procuratores in ipsa causa dicere, producere et allegare uoluerunt tam oretenus quam in scriptis, et ipsius cause conclusione et demum uiso quodam consilio famosissimi utriusque juris doctoris D. Francisci de Filitinis de Utino, cui hanc causam de ipsarum partium uoluntate consulendam commisimus, tenoris infrascripti, uidelicet: „In causa et questione uertente et que uersa est inter honestam D. Meniam, filiam mag. Georgii, pelliparii de Ciuitate austria ex una parte et prouidum ac discretum uirum Sr. Antonium, notarium de Justinopoli ex alia occasione matrimonii, ut dicitur, contracti inter predictas partes etc., prout latius in processibus continetur, mihi commissa de uoluntate partium per R. D. Guarnerium de Artenea, S. Danielis plebanum ac in patria Fori Julii in spiritualibus Vicarium dignissimum ad consulendum de jure, que sint et esse debeant ejus partes in pronunciando et sententiando in predicta causa, uisa petitione ipsius D. Menie et responsione ipsius Sr. Antonii, uisis ac ponderatis possitionibus et articulis cum responsionibus utrimque productis, examinatis et diligentissime consideratis testibus et attestationibus tam super federe et contractu matrimonii, quam super exceptionibus et oppositionibus hinc inde per utramque partem productis totoque processu exactissime perscrutato, uisis denique et mature consideratis allegationibus per famosos aduocatos partium subtiliter deductis, habito super premissis maturo consilio et deliberatione, Jesu Christi ejusque gloriosissime matris uirginis

Marie nominibus inuocatis dico in presenti causa uidendum esse, an prefata D. Menia, que impetit prefatum Sr. Antonium sibi in uirum adjudicari legitime probauerit intentionem suam, nam actore non probante reus, etiam si nichil prestiterit, absoluetur l. qui accusare C. de edendo, et prima facie uideretur dicendum, quod non, quoniam in causa matrimoniali, que dicitur ardua, cum in ea de statu hominis agatur, per hoc enim in eo seruitus constituitur, ut habetur prima ad Corinthios c. XXVIII°., ubi inquid apostolus, quod uir sui corporis potestatem non habet etc., quia qui possidet, possidetur glo. in c. ex transmissa de resti. spo. in uerbo cogita in fi., probationes debent esse luce meridiana clariores, sicut in criminali causa, ut l. sciant C. de probat., ipsi enim equiparatur, ut in c. penult. de restit. in integr., sed in casu proposito non clare seu sufficienter uidetur probari per testes intentio ipsius domine, quia per unum solum testem uidetur probari de promissione eidem D. facta, uidelicet Dominicum Stipendiarium, contra quem est multipliciter oppositum, igitur etc., quia uni non creditur, ut in c. licet de probat. l. jurisjurandi C. de testibus. In contrarium autem suprascriptis et aliis pluribus allegationibus subtiliter pro parte illa deductis non obstantibus dico in casu isto legitime et sufficienter probatam esse intentionem ipsius D. Menie, uidelicet contractum esse inter prefatum Sr. Antonium et dictam D. Meniam legitimum matrimonium. Probatur enim primo per dictum Dominicum quedam promissio facta ipsi domine per ipsum Sr. Antonium in quadam domo siue campa mag. Job, testoris, qui testis, quamquam in hoc sit unicus et singularis, attamen facit semiplenam probationem, ut in c. ex insinuatione Extra de procurat. et c. dilectus de success. ab intest. et notat glo. in l. in bone fidei C. de jur. jur., sed et idem testis ulterius deponit et testificatur de subarratione, de disponsatione per tactum manuum et annuli immissionem in domo mag. Georgii, patris ipsius domine presente ipso mag. Georgio, patre ac D. Elena, matre ipsius Menie, necnon de quadam confessione ipsius Antonii ibidem facta, in quo quidem dicto dictus Dominicus non est solus et singularis, sed habet plures contestes, uidelicet quemdam mag. Jacobum, pellificem, nec non suprascriptos patrem et matrem ipsius D. Menie, cujus quidem depositioni, cum cohadiuetur saltim uno legitimo teste, uidelicet dicto mag. Jacobo, standum est, duo enim testes contestes plenissimam faciunt probationem l. ubi numerus ff. de testibus et Extra eo. tit. de test. ac c. in omni neg., nec obstat, quod ille mag. Jacobus deposuit fuisse extra domum et non uidisse contrahentes, sed tantum audisse, quoniam hoc sufficit ex quo habebat notas personas contrahentium et uiderat ipsos conuenientes et introeuntes, ut not. Spe. in tit. de teste § 1. uerbo quid ergo, si uiro et muliere in camera clausa existentibus testes, qui erant extra, audierunt eos dicentes uerba apta etc., pro quo faciunt notata in c. preterea de testibus et in l. 2. § eodem tecto ff. ad Sill., quia presens dicitur, qui extat in loco, in quo audire potest, etiam si non uideat, ut in juribus superius allegatis, non ergo in casu isto erat expediens tantum instare super oppositione et reprobatione patris et matris

ipsius domine deducendo disparitatem in diuitiis, honore et nobilitate, quonism presupposito, quod eorum dictum redderetur suspectum ex deductis, attamen ex quo nichil est probatum, quod releuet contra dictum aut personas prefatorum Dominici Stipendiarii et mag. Jacobi, remanet plene et sufficienter probata intentio ipsius domine per prefatos duos testes. Preterea eorum depositio et testificatio choadiuatur et uerificatur partim ex confessione facta per ipsum Sr. Antonium super positione XVI^a., ubi confitetur sibi tetigisse manum etc., partim etiam choadiuatur ex his, que testificatur mag. Michael, pelliparius et mag. Nicolaus del Scat conjunctis his, que deponuntur per Panthaleonem, fratrem ipsius D. Menie. Unde et si predicti duo testes primi, uidelicet Dominicus et Jacobus non plenam et integram facerent probationem, choadjuuati tamen cum adminiculo dicte confessionis et horum aliorum testium depositionibus clarissimam et plenissimam fidem facerent juxta ea, que notabiliter habentur per Bar. et alios doctores in l. admonendi ff. de jur. jur., que enim non prosunt singula, multa juuant l. ad probat. in fi. C. de probat. et quod habetur in dicta l. admonendi. Ex suprascriptis igitur Jesu Christi ejusque gloriose matris nominibus repetitis dico et consulo partes prefati R. D. Vicarii esse in pronunciando et declarando inter predictos Sr. Antonium de Justinopoli et dictam D. Meniam, filiam mag. Georgii, pelliparii de Ciuitate austria legitimum fuisse et esse contractum matrimonium, et ideo condempnandum esse dictum Antonium, ut dictam D. Meniam tamquam uxorem suam legitimam maritali affectione pertractet condempnando eundem in expensis legitimis, cum injustam habuerit causam litigandi juxta notata in c. finem litibus Extra de dolo et contum. et in l. cum quem temere ff. de judic. et C. eod. tit. l. properandum § sin autem. Laus deo Amen. Et ita dico et consulo ego Franciscus de Filitinis de Utino, juris utriusque doctor minimus et in fidem me subscripsi et sigillaui.^a — Ipsius consilii formam sequentes sedentes pro tribunali ad nostrum solitum Banchum juris ipsis partibus presentibus et ad hanc nostram sententiam audiendam admonitis et citatis Christi ejusque gloriosissime matris uirginis Marie, de quorum uultu cuncta recta procedunt judicia, nominibus inuocatis dicimus, pronunciamus, declaramus, diffinimus, condempnamus et sententiamus in omnibus et per omnia, prout in predicto consilio continetur, uidelicet: inter prefatum Sr. Antonium de Justinopoli et dictam D. Meniam, filiam mag. Georgii de Ciuitate austria legitimum fuisse et esse contractum matrimonium et ipsum Antonium teneri ad dictam D. Meniam tamquam ejus uxorem legitimam maritali affectione pertractandum eundem Sr. Antonium in expensis legitimis condempnantes, quarum taxationem nobis in posterum reseruamus. Et ita dicimus, pronunciamus, declaramus, diffinimus, condempnamus et sententiamus omnibus melioribus modo, uia, jure et forma, quibus melius de jure possumus et debemus.

Lata et in scriptis promulgata fuit suprascripta sententia per suprascriptum R. D. Vicarium in S. Daniele sub locia sui soliti judicii ad jus reddendum pro tribunali sedentem et per me Nicolaum, notarium et cancellarium infrascriptum. Acta die Jouis 18^a. Decembris 1449 indict. 12^a. ipsis partibus presentibus et ad

suprascriptam sententiam audiendam admonitis et citatis et pro ipsa ferenda instantibus et eam ferri petentibus, uidelicet etc. nec non presentibus N. N. N. testibus. Quam quidem sententiam prefatus D. Ant. de Belgrado dicto procuratorio nomine laudauit et approbauit et prefatus D Herasmus dicto nomine dixit ipsam sententiam nullam et in quantum sit aliqua, dixit eam iniquam et injustam et ab ea tamquam iniqua et injusta uiua uoce appellauit ad S. Sedem apostolicam petens apostolos semel, bis et tercio instanter, instantius et instantissime, sepe, sepius et sepissime et protestans, quod hac appellatione pendente nichil debeat innouari. Quam quidem appellationem suprascriptus R. D. Vicarius admisit, si et in quantum de jure tenetur et aliter non.

Preterea prefatus D. Ant. de Belgrado dicto nomine instetit prefatum R. D. Vicarium decernere literas Reuerendissimo D. D. episcopo Venetiarum sibi predictam sententiam denotando, ut non permittat dictum Sr. Antonium conjung[i] et copulari cum muliere, cum qua ipse Sr. Antonius alias contrahere matrimonium conatus est et similiter decernere literas magnifico D. locumtenenti patrie Fori Julii, ut sequestrata teneri faciat bona ipsius Sr. Antonii ad hoc, ut cum eis bonis sibi dicto nomine de expensis hujus litis ualeat satisfieri. Qui R. D. Vicarius ipsas literas decreuit et fieri mandauit.

Aehnliche ausführliche consilia finden sich auch in den Urteilen vom 27. September 1449 (fol 46ᵛ) und vom 5. December 1449. (fol. 52 u. 53.).

XI. Causae spirituales.

133. Im Processe „super contractu matrimonii“ werden „juxta morem“, oder „prout de jure fieri debet“ vor Einbringung der Klage beide Parteien sowol auf Antrag, als auch von Amtswegen vom Richter im Allgemeinen über die Sache vernommen, u. z. „examinantur“, resp. „interrogantur in secreto, remotis arbitris et astantibus, existentibus ipsis partibus coram judice.“ — „pro habenda ueritate dicti asserti matrimonii, et cum (judex) non posset eam habere, quia dicta D. Anna asserebat contraxisse matrimonium et dictus Sr. Hieronymus negabat, uocatis eorum aduocatis monuit dictum Sr. Hieronymum ad instantiam ejusdem Anne ad uidendum produci qualemqualem petitionem;“ oder: „Post quam examinationem prefatus R. D. Vicarius ad instantiam dicte Helisabet monuit prefatum Nicolaum de die Martis ad octauam ad uidendum produci libellum et petitionem suam et ad illud respondendum, cui monitioni prefatus Nicolaus non consensit.“ (So 1448 fol. 66. 1492. fol. 68ᵛ. fol. 71ᵛ. fol. 104. fol. 108 u. a. m.).

134. 1449. Februar 1. (fol. 7.). Coram u. s. comparentibus D. Jacoba de Ciuitate austria parte ex una cum D. Antonio de Belgrado, ejus aduocato, et Sr. Francisco apothecario una cum egregio D. Herasmo, ejus aduocato, parte ex alia. Ubi quidem prefata Jacoba obtullit se torture, instans se et dictum Franciscum poni ad torturam et ab eis per torturam extorqueri ueritatem, utrum sit inter eos contractum matrimonium uel non; prefatus uero Sr. Franciscus

dixit, quod non debebat poni ad torturam, sed quod intendebat procedere juridice in hac causa et quod prefata D. Jacoba dicebat uelle probare et quod probet. Quibus auditis prefatus R. D. Vicarius fecit mihi notario infrascripto commissionem ad sacramentandum et examinandum omnes testes per dictam Jacobam nominandos. Post que prefatus R. D. Vicarius ipsos Franciscum et Jacobam admonuit et eis mandauit sub pena excommunicationis late sententie, quod coram ipso personaliter compareant de die Martis proxime futura ad octauam.

135. In dem Urteile vom 5. December 1449 (fol. 52 u. 53) ist folgende Klage enthalten: Coram uobis R. uiro D. Guarnerio de Artenea, plebano S. Danielis et in patria Fori Julii pro Reuerendissimo D. D. Ludouico, diuina fauente clementia tituli S. Laurentii in Damaso presb. Cardinali et in patria Fori Julii patriarcha dignissimo in spiritualibus Vicario generali comparet et se presentat Antonius Ustucii de Buja et graui querela exponit, narrat et dicit, quod cum ipse miserit mag. Nicolaum Verosta de Buja ut interpretem et prosenettam seu missettam ad D. Mayteldam q. Johannis Girussii de Treppo magno, ut ipsa D. Maytelda ipsum Antonium in suum acciperet maritum et sponsum per uerba de presenti, ut jus diuinum mandat, cui mag. Nicolao prosenette ipsa D. Maytelda promisit per uerba de presenti stipulanti nomine ipsius Antonii accipere ipsum in maritum et in ipsum consensit et non semel, sed pluries et in pluribus et diuersis locis, pluribus presentibus, et requisita per ipsum Antonium seu alium nomine suo, ut adimpleat promissa, negat. Quare cum predicta uera sint, petit dictus Antonius per uos D. Vicarium et judicium uestrum per sententiam uestram diffinitiuam ipsam D. Mayteldam condempnari et condempnatam compelli juris remediis ad adimplendum promissa et ad accipiendum ipsum Antonium in suum sponsum et maritum, ut debet et de jure tenetur. Et hec petit omnibus meliori modo, uia, jure et forma, quibus melius de jure fieri potest, inplorans judicium uestrum sibi fore propitium in hac causa et procedi simpliciter et de plano sine figura et strepitu judicii, protestaturque de expensis fiendis et petit factas et quod saluum sit sibi jus addendi, minuendi, mutandi, corrigendi et de nouo formandi. S. auch die oben in Nr. 132 enthaltene Klage.

136. 1492. Januar 12. (fol. 5v.). Coram u. s. comparuit Joannes Leonardi Peressii de Faganea cum precellenti juris doctore D. Bernardino Bertolla, aduocato suo, et institit moneri D. Leonardum Mozaninum, procuratorem Magdalene, aduersarie sue, pro certa die ad audiendum sententiam. Presente dicto D. Leonardo et instante deferri juramentum aduersario, si contraxit matrimonium cum Magdalena, ejus principali, quia uult stare ejus juramento decisiue, quia omnino intendit, quod juret ante prolationem sententie. Qui D. Vicarius monuit eundem D. Leonardum pro die Sabbati proxima ad audiendum sententiam hora causarum. Fortsetzung:

137. 1492. Januar 18. (fol. 7v.). Coram u. s. comparentibus Joanne Peressi de Faganea cum clarissimo juris doctore D. Bernardino Bertolla, aduo-

cato suo ex una et spect. jurisconsulto D. Leonardo Mozanino, procuratore Magdalene dl Merchadante ex altera. ubi dictus Joannes institit pro expeditione cause sue et pro sententia ferenda. Ex aduerso dictus D. Leonardus pro clientula sua institit iterum ante prolationem sententie deferri juramentum dicto Joanni, si contraxit matrimonium cum ipsa Magdalena. Quibus partibus auditis prelibatus D. Vicarius pro habenda ueritate ex officio detulit ipsi Joanni juramentum de dicenda ueritate. Qui Joannes manutactis scripturis jurauit ad sacra dei euangelia dicere ueritatem et ad interrogationem ipsius D. Vicarii respondit nunquam contraxisse matrimonium cum ipsa Magdalena. Deinde idem D. Vicarius partes monuit ad audiendum sententiam: In Christi nomine Amen. Nos Hieronymus a Zendatis, juris doctor et Venetiarum canonicus ac Reuerendissimi in Christo patris et D. D. Jacobi Valaressi, dei et apostolice sedis gratia episcopi Justinopolitani dignissimi. nec non in patriarchatu et diocesi Aquilejensi pro uenerando capitulo s. Aquil. ecclesie sede uacante gubernatoris generalis meritissimi Vicarius uisa petitione Magdalene, filie Francisci dl Mercadante coram nobis producta contra Joannem, filium Leonardi Peressii super phedere matrimonii, uisa ejus responsione, per quam negauit narrata et dixit petita fieri non debere, uisis quibusdam positionibus productis per Magdalenam predictam, uisis responsionibus partis aduerse ad illas, uisis quibusdam interrogatoriis ejusdem partis aduerse, uisis attestationibus testium pro parte Magdalene predicte productorum, uisis oppositionibus partis aduerse. uisa conclusione facta in causa hujusmodi, uiso quoque juramento ipsi Joanni delato pro habenda ueritate. uisisque ceteris agitatis inter dictas partes ac super omnibus et singulis diligenti et matura deliberatione prehabita, uisa denique monitione nostra ipsis partibus per nos facta pro his die et hora ad hanc nostram diffinitiuam sententiam, sedentes pro tribunali more solito judicantis, solum deum pre oculis habentes, a quo recta procedunt judicia, per hanc nostram diffinitiuam sententiam, quam ferimus in his scriptis, dicimus, pronunciamus, sententiamus de declaramus matrimonium inter Magdalenam et Joannem predictum non fuisse nec esse probatum, absoluentes propterea ipsum Joannem ab impetitione Magdalene, uictam uictori in expensis legitimis condemnantes, quarum taxationem nobis in posterum reseruamus, et ita dicimus, pronunciamus, sententiamus et declaramus hoc et omni meliori modo, uia, jure et forma, quibus possumus et debemus. Laus deo.

Lata, data et in his scriptis sententialiter promulgata fuit sententia diffinitiua suprascripta per prelibatum R. D. Vicarium in camera sua cubiculari domus S. Antonii, sue residentie de Utino pro tribunali sedentem, lecta uero et pronunciata per me Bertrandum, notarium et coadjutorem infrascriptum de sui commissione et mandato die Mercurii 18a. Januarii 1492, indictione Xa. presentibus dicto Joanne cum eximio juris doctore D. Bernardino Bertolla, aduocato suo et sententiam ipsam laudante et spect. juris doctore D. Leonardo Mozanino, procuratore Magdalene et protestante de appellando, presentibus quo-

que D. Lactantio de S. Daniele, juris studente et prouido Sr. Joan. Antonio de Laurentiis de Faganea testibus uocatis et rogatis.

138. 1492. Februar 11. (fol. 17.). Coram prelibato R. D. Hieronymo Vicario in judicio pro tribunali sedente comparentibus Antonia q. Laurentii Jose de S. Daniele cum precellenti juris doctore D. Nicolao Guliola aduocato suo, in termino citationis facte Paulo q. Joannis Nic. Barthulissii de Villa noua ad respondendum sibi in jure etc. ex una et dicto Paulo cum eximio jurisconsulto D. Odorico Merlatto ejus causidico, ex altera partibus. Ubi dictus D. Nicolaus dixit pro dicta sua clientula, qualiter dictus Paulus cum ipsa Antonia contraxerat matrimonium clamdestine tamen ipsumque consumauit et eam pregnantem reddiderat, quare instetit, ut semota turba et aliis secreto ipse R. D. Vicarius ambos super dicto contractu examinaret et cognita ueritate ministraret justiciam. Ex aduerso dictus D. Odoricus dixit cum ipsa Antonia matrimonium non contraxisse, nec eam carnaliter unquam cognouisse. Qua instantia facta ut supra accersitis dictis Antonia et Paulo prelibatus D. Vicarius ambos secreto interrogauit et examinauit, in qua quidem examinatione dictus Paulus constanter negauit unquam cum ipsa Antonia matrimonium contraxisse siue cum ea se carnaliter commiscuisse. Deinde uocatis causidicis ambarum partium et attendo (wol attento), quod dictus Paulus omnia negabat, dictus D. Nicolaus pro ejus clientula dixit non posse aliter probare matrimonium, nec circa id uelle facere aliam instantiam, petens tamen pro defloratione ejusdem Antonie, quia idem Paulus eam defloruit, ipsum condempnari ad eam dotandum cum expensis. D. Odorico pro dicto Paulo dicente ac petente se absolui a dicta instantia et petitione ejusdem Antonie circa matrimonium, ex quo ipsum citari fecit ad respondendum super phedere matrimonii et dicit illud non posse probare, protestans de expensis. Circa autem petitionem dotis petiit (cum reuerentia tamen) se remitti ad judicem competentem, quia S. R. (P.) non est judex competens in hoc. Et. D. Nicolao replicante non facere aliam instantiam circa matrimonium et quod sedes patriarchalis est judex ad judicandum circa dotem pro defloratione, ut etiam obseruatur, propterea petente condempnari ad ipsam dotandum. Quibus hinc inde dictis prelibatus D. Vicarius monuit partes ad octauam ad audiendum declarationem suam super petitis. Hierauf beſtellt Antonia in der üblichen Weiſe vor Gericht den Sr. Nicol. Fontaninus als ihren procurator. In derſelben Rechtsſache gibt das Protocoll von 1492 noch folgende Verhandlungen:

Am 18. Februar 1492 erſcheinen beide Teile mit ihren Advocaten und der procurator N. Fontaninus nomine Antonie „institit judicari super dote“, der Gegner aber „quod deberet judicari circa matrimonium et judicato super matrimonio uelle stare huic judicio circa dotem, dummodo aduersa pars fidejubeat de expensis.... D. Nicolaus dixit, quod non est terminus ad judicandum super matrimonio si nolle pro eo contendere, nec uult subire aliquas expensas, sed si uult pars D. Odorici, quod judicetur circa matrimonium, faciat suis expensis et quod licet non teneatur fidejubere, quia subditus in temporalibus, tamen prestabit quale-

poterit ad primam,' ad quam D. Odoricus debet respondere petitioni sue. D Odorico dicente, quod ex quo fecit ipsum citari super phedere matrimonii narrando matrimonium esse contractum inter ipsos, equum est, quod ipsa causa expediatur juxta formam juris et ita instat. quod expediatur expensis succumbentis, quia ipsa puella non debebat fatigare partem suam contra jus et hoc facto est contentus respondere petitioni opponentis uel prout sibi uisum fuerit, protestando de expensis in ambabus causis. Quibus auditis prelibatus D. Vicarius monuit partes ad audiendum sententiam in causa matrimoniali."

Am 28. Februar 1492 erſcheint der Vertreter der Antonia, weiſt durch notarielle Urkunde aus, daß er beſtellt iſt „etiam cum facultate jurandi et ponendi" und „ex quo pars aduersa non curat litem contestari, in ejus contumaciam produxit modulam positionum tenoris infrascripti, quas manutactis scripturis jurauit credere esse ueras per informationem, quam habet a sua principali et in animam ipsius sue principalis."

Am 8. März 1492 erſcheint der Vertreter des Paulus „et fuit protestatus, quod ante finem litis Antonia, ejus aduersaria, uenire debeat ad jurandum, fecisse diligentiam de inueniendo fidejussorem et ad juratoriam fidejussionem prestandum, ut in precedenti termino facto die 18. Febr. et hac conditione respondendo petitioni facte circa dotem premissa protestatione de ineptitudine petitionis et nullitate processus negauit narrata, prout narrantur, esse uera et petita fieri debere, prout petuntur, petens se absolui cum expensis. Presente eximio jurisconsulto D. Nic. Guliola, procuratore dicte Antonie, replicante petitionem suam esse aptam et narrata per eum esse uera et fieri debere, prout petit, instans, quod D. Odoricus uenire faciat suum principalem ad respondendum suis positionibus. Et ita ambe partes promiserunt partes suas principales uenire facere alteram ad juratoriam fidejussionem prestandum, alteram uero ad respondendum positionibus."

Am 20. März 1492: „In cancellaria patriarchali presente Sr. Joanne de Monticulis et Sr. Angelo de Raynarottis, ciuibus Utinens. testibus uocatis et rogatis, ibique Antonia Jose de S. Daniele uolens satisfacere termino sibi facto delato sibi juramento manutactis scripturis jurauit ad s. Dei euangelia fecisse diligentiam in perquirendo fidejussorem de expensis litis, quam habet ad presens cum Paulo de Villa noua et non potuisse aliquem inuenire, qui caueret siue fidejuberet, propterea uolens fidejussionem, quam potest, prestare, similiter manutactis scripturis jurauit expensas soluere legitimas, si succubuerit in causa."

Am nemlichen Tage: Coram u. s. erſcheint der Vertreter der Antonia „et institit pro publicatione responsionum factarum positionibus suis per Paulum, ejus aduersarium et super negatis institit commissionem fieri uni ex notariis de S. Daniele ad examinandum testes suos. Qui D. Vicarius responsiones ipsas publicauit."

Am 31. März 1492 erſcheinen die Vertreter beider Parteien in der cancellaria patriarchalis. „Ubi ambe partes commiserunt de communi concordia

examen testium ipsius Antonie egregio Sr. Fr. Pathiano, notario de S. Daniele datis nihilominus prius per ipsum D. Odoricum suis interrogatoriis."

139. 1492. Mai 19. (fol. 55.) Coram u. s. comparuit clarissimus doctor juris D. Fr. de Strasoldo, aduocatus Leonardi q. Georgii de Biciniso cum ipso etiam Leonardo instans et petens prius et ante omnia Jacobam, filiam Pasqualis de Ontognano pro habenda ueritate examinari super negocio federis matrimonii cum ipso Leonardo contracti et casu, quo ueritatem neget, institit ipsam ibidem presentem deponi et sequestrari penes aliquam honestam personam, apud quam non sit suspicio, quod aliquis eam deuiet a ueritate, cum uere contraxerit cum ea, et si pur perstiterit in sua obstinatione, probabit per testes sibi incumbentia et dictam examinationem et sequestrationem fieri petiit, quia in hujusmodi debet officium judicis exuberare, ut ueritas habeatur, cum agatur de prejudicio anime, presente Jacoba predicta cum eximio juris doctore D. Jac. de Castello, aduocato suo et per os dicti D. Jacobi non contradicente examinationi faciende, nihilominus dicto D. Jacobo instante, quod post examinationem ipsam ipsa Jacoba possit domum redire et promittente redire ad octauam personaliter et hoc propter futuram absentiam ipsius D. Jacobi. Replicante et dicente prefato D. Francisco pro suo clientulo, quod erat contentus, ut redire posset domum post examinationem, dummodo prefatus D. Jacobus promittat illam representare ad officium et ita idem D. Jacobus promisit facere. Qui D. Vicarius auditis partibus mandauit dicte Jacobe, quod non discederet a curia, donec esset examinata. Paulo post idem R. D. Vicarius constitutis coram eo dictis partibus principalibus eisque monitis dicere et fateri ueritatem, ostendens eis, quam sit prejudicii anime et corpori negare in tali causa ueritatem aut asserere falsitatem, quam grauia scandala sequi possent, nisi dicerent ueritatem, tandem diligenter examinauit dictam Jacobam, si uerum erat, quod matrimonium contraxisset cum ipso Leonardo et hortatus fuit eam, ut uellet seriem totius rei referre, prout gestum fuit. Que Jacoba dixit et respondit affirmauitque constanter, quod nunquam matrimonium contraxit cum ipso Leonardo uel aliter sibi promisit et propterea non potest aliter rei seriem enarrare, que non fuit, dicente dicto Leonardo totum oppositum, uidelicet, quod ipsa Jacoba matrimonium contraxerat secum et probare poterat et ita judicari petiit et eam sibi per consequens adjudicari in uxorem institit cum expensis petens sibi justitiam ministrari.

140. 1492. Mai 19. (fol. 55.). Coram u. s. comparuit Stephanus de Portuueteri cum clarissimo juris doctore D. Fr. de Strasoldo, aduocato suo, dicens, quod, quamuis esset minus necessarium hoc facere, quod statim petiturus est, cum sufficienter sit probatum matrimonium inter ipsum et Beathinam de Maniaco contractum, nihilominus, quia officium judicis debet in hujusmodi exuberare et rimari et inquirere omnem ueritatem, que possibilis sit undecunque, ideo instiit per S. P. examinari diligenter super dicto contractu matrimonii Beathinam, filiam Antonii Cosani ibidem presentem, presente eximio juris doctore D. Nic. Guliola, aduocato et procuratore ipsius Beathine et examinationi petite non con-

tradicente. Qui D. Vicarius ad examinationem dicte Beathine processit. Que coram eo personaliter constituta ac monita cum bonis et opportunis suasionibus, ut fateri deberet puram et meram ueritatem ostendendo pericula anime et corporis sibi incumbentia, si uerum inficiaretur et recitato casu per ipsum Stephanum ibidem astantem geste rei, ipsa Beathina omnia et singula recitata per dictum Stephanum facientia ad substantiam asserti matrimonii constanter et expresse negauit, affirmans nunquam fuisse aut esse uerum, quod ipsi Stephano promiserit uel secum matrimonium contraxerit.

141. 1492. Mai 29. (fol. 59v). Donata, filia q. Dominici Laurentii dal Berton de Crudignano, que citari fecit occasione asserti matrimonii Georgium, filium Ticiani de Misco, habitatorem S. Cassiani, constituta personaliter coram R. D. Hieronymo a Zendatis, Vicario curie patriarchalis Aquil. optime merito hortata et monita per eum dicere ueritatem et comodo (quomodo) et qualiter sese res habuerat circa factum et negocium asserti per eam matrimonii et quod aduerteret, ne quod mendacium admisceret ueritati, quia grauiter peccaret, dixit, exposuit ac narrauit negocium ita se habuisse et habere, uidelicet, quod dum anno et estate preteritis anni 1491 ipsa Donata tempore messis bladorum de uoluntate Beate, sue matris, locasset operas suas Ticiano, patri dicti Georgii et in ejus domo maneret exercuissetque usque ad mensem Septembris officia ruralia in secandis bladis et aliis, que occurrunt, in ipso uero mense Septembris, de die uero non recordatur, dum ipsa Donata sterneret lectum camere dicti Georgii, idem Georgius intrauit ad eam, dicens erga ipsam hec uerba, uidelicet: ci volemo marital ti et mi, que respondit, quod ipse Georgius non teneret se bene solutum habere ipsam pauperculam, qui respondit, quod imo, sed ipsa non teneret se solutam habere ipsum Georgium, quibus uerbis hinc et inde pluries repetitis tandem ad hanc conclusionem uenerunt, silicet (scilicet) quod ipse Georgius jurando ad s. dei euangelia promisit ipsi Donate nunquam accipere aliam uxorem, quam ipsam, Donata uiceuersa cum simili juramento spopondit ac promisit nunquam accipere alium massarium siue maritum, quam ipsum, non tamen descenderunt ad alium actum pro tunc, nec sibi inuicem tetigerunt manus. Nocte uero immediate sequenti hanc promissionem dictus Georgius dicta Donata minime premonita et de hoc inscia (ut dixit) ingressus est per fenestram quamdam cameram, in qua dormiebat ipsa Donata, in domo ipsius Georgii existentem et intrauit in lectum dicta Donata reluctante et uolente clamare et dixit, quod ubicunque esset, erat uxor ejus et redarguit eam, quod deberet tacere, alias ab ipso uerberaretur, quia uolebat complere nuptias secum; quibus sic gestis ipsa Donata admisit eum et conjacuit sibi consumando copulam cum eo et abinde citra totiens, quotiens uoluit, idem Georgius cum ipsa dormiuit et carnaliter se immiscuit adeoque ex eo concepit, qua conceptione per patrem dicti Georgii comperta ipsam Donatam licentiauit ex domo.

142. 1492. Mai 30. (fol. 60.). Constitutus personaliter coram prefato R. D. Hieronymo a Zendatis Vicario dictus Georgius, filius Ticiani de Misco, exami-

natus per ipsum D. Vicarium super contentis in expositione et narratione facta per Donatam ex aduerso principalem, hortatus dicere ueritatem ostensoque sibi opportunis uerbis et exemplis immineri sibi maximum discrimen et prejudicium, si diceret falsitatem et ueritatem supprimeret, delatoque sibi juramento, ut facilius ueritas haberetur et lectis eidem narratis per ipsam Donatam dixit, quod nunquam colloquium aliquod habuerat cum ipsa Donata de contrahendo secum matrimonio, nec ipsi fecerat aliquam promissionem concernentem factum et negocium matrimonii, neque aliquando ipsam carnaliter cognouerat et conclusiue, quod nihil eorum, que dicta Donata dixerat et exposuerat respiciens ad assertam per eam promissionem et copulam fuerat uel erat uerum.

143. 1492. Juni 26. (fol. 70v.). Coram u. s. comparentibus in termino Nicolao Buulino de Arthenea cum eximio juris doctore D. Nicolao Guliola, aduocato suo, ex una et Helisabet q. Danielis de Sargnato Arthenee cum precellenti jurisconsulto D. Jacobo de Castello, ejus causidico, ex altera et ueniendo ad formam termini prefatus D. Jacobus nomine ipsius Helisabet dixit ipsam ejus principalem contraxisse matrimonium per uerba de presenti cum dicto Nicolao, propterea petiit ipsum cogi (ad) adherendum sibi et seruitia maritalia prestandum et si negat, quia non habet probationes, uult stare ejus juramento decisiuo, quod sibi deferri petiit. Ex aduerso dictus D. Nicolaus pro ejus clientulo dixit nullum contraxisse matrimonium cum ipsa Helisabet, propterea negauit narrata, prout narrantur, esse uera et petita fieri debere, petendo ipsum suum principalem absolui ab impetitione dicte Helisabet, dicens ulterius ipsi suo principali non debere deferri aliquod juramentum, cum inter eum et dictam Helisabet sit maxima disparitas, quia Nicolaus est diues et ipsa pauper, petens etiam eandem Helisabet condemnari debere in expensis. Replicante dicto D. Jacobo et dicente, quod imo sua principalis contraxit matrimonium cum eodem Nicolao et ejus juramento uult stare, quod etiam juramentum parata est subire et quod nulla inter eos est disparitas, cum ambe partes sint rustice et ipsa Helisabet est ex honesta familia et probis parentibus nata. Qui D. Vicarius partibus auditis et plane intellectis, ex quo nulle extant probationes, Christi nomine inuocato pronunciauit ipsum Nicolaum absoluendum esse ab instantia dicte Helisabet et ita eum absoluit presentibus uen. presb. Sebastiano, beneficiato in S. Maria de Sclauonico et Jacobo, officiante in Talmaseno testibus rogatis et aliis etc.

144. 1492. October. (fol. 97.). In Christi nomine Amen. Nos Hieronymus a Zendatis, juris doctor et Venetiarum canonicus ac Reuerendissimi in Christo patris et D. D. Jacobi Valaressi, Dei et apostolice sedis gratia episcopi Justinopolitani dignissimi nec non pro uen. capitulo S. Aquil. ecclesie sede uacante patriarchatus Aquil. gubernatoris generalis meritissimi Vicarius uiso certo nostro mandato Christophoro q. Sigismundi de Godia facto, quod dimittat quandam Ursulam de Zuglano, ejus concubinam et reassumat Leonardam, uxorem suam, pout et sicut in eo latius continetur, uisa relatione presentationis predicti mandati, uisa quadam ipsius Christophori excusatione pretensa, qua dicebat se

ad dictam receptionem non teneri, uisis replicationibus pro parte Leonarde factis et in scriptis redactis coram nobis contra pretensam excusationem predictam, uisis quibusdam positionibus pro parte Leonarde predicta coram nobis productis una cum responsionibus partis aduerse ad illas, uisis attestationibus testium hinc inde productorum, uisis exceptionibus contra testes predictos hinc inde factis, uisa conclusione in causa hujusmodi facta, uisisque ceteris factis et agitatis inter dictas partes coram nobis ac super omnibus et singulis diligenti et matura deliberatione prehabita, uisa denique citatione Christophoro predicto ad instantiam partis aduerse de mandato nostro facta pro his die et hora ad hanc nostram diffinitiuam sententiam audiendam: Christi nomine repetito sedentes pro tribunali more solito judicantis per hanc nostram diffinitiuam sententiam, quam ferimus in his scriptis, dicimus, pronunciamus, sententiamus et declaramus Christophorum antedictum teneri et obligatum esse ad reassumendum Leonardam predictam, ejus uxorem sibique prestandum officia maritalia, prout et sicut de jure tenetur, et ad premissa juris remediis cogendum fuisse et esse, si fuerit opus, ejus friuolis excusationibus non obstantibus, uictum uictrici in expensis legitimis condemnando, quarum taxationem nobis in posterum reseruamus. Et ita dicimus, pronunciamus, sententiamus, condemnamus, declaramus et reseruamus in contumaciam dicti Christophori, cujus absentia dei presentia repleatur, hoc et omni meliori uia, jure et forma, quibus possumus et debemus. Laus Deo.

Lata, data etc.

145. 1492. October 6. (fol. 100v.). Coram u. s. comparentibus Pasculo q. Leonardi de Raspano, habitante in uilla noua prope Cormonum et Daniele, clerico de Reuosa ex una et Sabbata, filia q. Dominici, clerici de Reuosa, habitante in Ronchis, in termino citationis sibi facte ad instantiam dicti Pasculi ad respondendum sibi in jure super phedere matrimonii etc. ex altera. Ubi dictus Daniel. patruus ipsius Sabbate per os eximii juris doctoris D. Nicol. Guliola, aduocati sui, dixit habuisse commissionem a dicta ejus nepte de eam maritando et ita habita commissione eam promisit suprascripto Pasculo dicens, quod deberet ire ad habitationem dicte Sabbate, quod eam sibi in uxorem traderet, et facta promissione uenit dictus Pasculus cum comitiua, ut ipsam Sabbatam desponsaret et nuptie fierent. Que Sabbata intellecto, quod ueniebant pro ea desponsanda, subito aufugit et noluit promissionem factam adimplere, quare institit eandem Sabbatam cogi juris remediis ad seruandam dictam promissionem ex commissione sua factam, instans eam prius secreto examinari. Ex aduerso dicta Sabbata negauit unquam dedisse aliquam commissionem dicto patruo suo, quod eam maritaret, nisi casu, quo consentiret ejus mater et soror sua et nolle consentire in ipsum uirum sibi promissum, propterea petiit se absolui ab impetitione ut supra facta cum expensis. Et prius ibidem dicta Sabbata secreto examinata per eundem D. Vicarium presente dicto Pasculo et ipsa persistente in negatiua: Accersitis omnibus in judicium et instantibus partibus pro declara-

tione et sententia, prelibatus D. Vicarius attento, quod si esset uera commissio per ipsam Sabbatam data dicto ejus patruo, de qua minime constabat, essent potius sponsalia de futuro, quam matrimonium de presenti, consideratis considerandis Christi nomine inuocato absoluit eandem Sabbatam ab impetitione dicti Pasculi et patrui sui cum expensis, quarum taxationem sibi reseruauit, presentibus N. et N. testibus.

146. 1494. November 4. (Band 16. fol. 10v.). Venerabilis uir nobis carissime salutem et diligentiam in commissis. Hodie pro parte et nomine Sr. Joannis Ketner, notarii de loco isto nobis cum grauamine expositum extitit esse quendam Mathiam, habitatorem Goricie, qui diffamare non desistit filiam ejusdem Sr. Joannis asserendo secum matrimonium contraxisse, super quo petitum est, ut sibi de opportuno juris remedio prouidere dignaremur. Nos cupientes unicuique justitie debitum ministrare, harum serie uobis committimus, quatenus quandocunque pro parte et nomine ejusdem Sr. Joannis eritis requisitus, debeatis auctoritate nostra eidem Mathie sub excommunicationis pena inhibere, ne amplius dicat dictam filiam Sr. Joannis secum matrimonium contraxisse, sed omnino cesset eam diffamare, uerum si intendit super federe matrimonii agere, moneatis eundem Mathiam pro certa die ad comparendum coram nobis Utini data etiam notitia dicto Sr. Joanni petiturus quicquid uoluerit et recipiet justitiam et de monitione rescribatis, alias contra inobedientes procedetur juris ordine seruato. Datum Utini die 4. Nouembris 1494.

Venerabili D. presb. Andree Posteh, plebano Goritie nobis carissimo.

S. dazu auch oben Nr. 130 und 132.

XII. Erkenntnisse.

147. 1448. Januar. (fol. 3.). Pro hominibus et communitate de Gajo cum presb. Francisco, officianti in Cauoriacho. Coram u. s. comparentibus Marcho de Gajo tanquam camerario ecclesie de Gajo, Stephano q. Michaelis et Francisco de Gajo tanquam juratis communitatis de Gajo nomine dicte communitatis parte ex una agentibus et presbytero Francisco, officianti in Gajo parte ex alia. Ubi quidem prefatus presb. Franciscus primo et ante omnia petiit predictos de Gajo debere prestare cautionem de parendo juri coram D. Vicario prefato et soluendo expensas casu, quo in causa succubuerint et debere renunciari priuilegio fori sui, antequam audiantur et hoc, quia sunt layci et non sunt de foro prelibati R. D. Vicarii. Suprascripti autem de Gajo petierunt etiam prefatum presbyterum Franciscum debere prestare cautionem de parendo juri et judicatum soluendo et hoc, quia non est de patria nec possidet bona stabilia in patria. Quibus auditis prefatus R. D. Vicarius interloquendo pronunciauit predictos de Gajo debere renunciare foro suo et prestare cautionem de parendo juri et judicatum soluendo et e contra dictum presb. Franciscum etiam debere prestare cautionem

de parendo juri et judicatum soluendo, cujus pronuncie uigore prefati de Gajo renunciauerunt priuilegio fori sui et promiserunt parere juri coram prefato D. Vicario et prestiterunt cautionem Sr. Petrum Turba de S. Daniele. Qui Sr. Petrus ibidem presens precibus et mandatis dictorum de Gajo et pro ipsis stetit fidejussor et promisit de parendo juri et judicatum soluendo obligans omnia bona sua, et e contra precibus et mandato suprascripti presbyteri Francisci et pro ipso presbyter Petrus, officians in Lauzana, ibidem presens stetit fidejussor de parendo juri et judicatum soluendo et obligans omnia bona sua. Post que suprascripti Marchus, Stephanus et Franciscus dictis nominibus proposuerunt dicentes, quod prefatus presb Franciscus uenit ad officiandum in dicta uilla de Gajo de mense Aprilis et officiauit et seruiuit per totum unum annum et habuit eo anno etiam totum redditum beneficii de Gajo et sequenti anno stetit solummodo a mense Aprilis ad festum S. Justi in crastinum omnium Sanctorum proxime preteritum et habuit et recepit redditum totius anni de dicto beneficio, quare petierunt ipsum presb. Franciscum compelli ad faciendum alterum de duobus, uidelicet aut ad officiandum et complendum terminum unius anni, prout habet redditum, aut ad restituendum eis dictis nominibus tantum de redditu et bonis dicti beneficii, quantum recepit ultra ratam ipsum tangentem pro tempore, quo officiauit in ipsa uilla, ut ipsi ualeant alium presbyterum in ipsa uilla conducere. Ex aduerso uero respondens prefatus presb. Franciscus dixit, quod uerum est, quod officiauit in dicta uilla de Gajo solum tanto tempore, quantum supra dictum est et accepit et habuit affictam et redditum dicti beneficii de duobus annis, sed dixit non teneri ad restitutionem, quia quidam presbyter Andreas, precessor suus, qui in dicto beneficio defunctus fuit, debebat habere ratam reddituum dicti beneficii de quinque mensibus et D. Vicarius episcopi Concordiensis, qui in bonis dicti q. presbyteri Andree successit, ipsi presbytero Francisco dedit id totum, quod prefatus olim presb. Andreas a dicto beneficio habere debebat, uidelicet ratam dicti beneficii de 5 mensibus cum hoc, quod ipse presb. Franciscus solueret dicte ecclesie de Gajo ducatos tres, quos dictus olim presb. Andreas prefate ecclesie soluere tenebatur, quos tres ducatos ipse presb. Franciscus dicte ecclesie seu ejus camerariis soluit et ideo dixit non teneri ad petita. Suprascripti autem de Gajo dictis nominibus negauerunt predicta per prefatum presb. Franciscum exposita et dixerunt ipsum teneri ad petita. Prelibatus uero presb. Franciscus dixit uelle probare predicta petens sibi assignari terminum ad probandum. Quibus omnibus sic peractis prefatus R. D. Vicarius dicto presbytero Francisco terminum assignauit ad probandum predicta ad diem Sabbati proxime futuram faciens mihi notario infrascripto commissionem ad sacramentandum et examinandum omnes testes per dictum presb. Franciscum nominandos.

148. 1448. April 13. (fol. 14v.). Der Sindicus einer Gemeinde erſcheint Namens derſelben und producirt ſeine Vollmacht, welche der Gegner beſtreitet. „Quibus auditis et lecto dicto instrumento sindicatus prefatus R. D. Vicarius

pronunciauit ipsum mandatum et sindicatum legitimum et ipsum mag. Zanussium legitimauit uerum et legitimum sindicum et procuratorem.“

149. 1448. Juni 27. (fol. 43ᵛ.). Nos Guarnerius de Artenea, plebanus S. Danielis et in patria Fori Julii in spiritualibus ac Aquilegie, S. Danielis et S. Viti etiam in temporalibus Vicarius generalis etc. Cognoscentes de causa appellationis coram nobis et officio nostro uertente inter mag. Jac. Carnellum, habitatorem in S. Daniele parte ex una, appellantem et mag. Danielem Zechi de S. Daniele suo nomine et nomine Ant. Zisirini, ejus filii, parte ex alia, appellatum, occasione certarum injuriarum per dictos Danielem et filium contra ipsum mag. Jacobum dictarum in appellando eum furem et occasione treugarum inter eos positarum et factarum etc., ut in processibus ipsius cause continetur, breuiter uisis ipsa sententia et processibus factis coram judicio S. Danielis ac uisis processibus et scripturis coram nobis in ipsa causa appellationis factis et actitatis et maxime attestationibus quorundam testium nouiter pro parte dicti mag. Jacobi productorum et examinatorum et mature consideratis omnibus et singulis in dicta causa considerandis habitaque inter nos matura deliberatione Christi nomine repetito, de cujus uultu cuncta recta procedunt judicia, dicimus, pronunciamus et sententiamus maxime attentis dictis nouis probationibus per judicium S. Danielis fuisse et esse male judicatum et per suprascriptum mag. Jacobum fuisse et esse bene appellatum, absoluentes tamen prefatos Danielem et Antonium, ejus filium, tam ab expensis, quam ab omni pena treugarum et injuriarum attenta probabili causa seu legitimo errore appellandi ipsum Jacobum furem propter existentiam cujusdam asserte prime sententie alias per judicium S. Danielis late sub mill. 43°. indict. VI. die XVIIII. Augusti in processu producte et scripte manu Sr. Odorici, notarii nati q. Sr. Michaelis de Pilosis de S. Daniele, per quam innui uidetur ipsum mag. Jacobum fuisse de furto certi grossoni tacite diffamatum, licet indebite, prout ex dictis nouis attestationibus liquide nobis et officio nostro constat, restituentes insuper ipsum mag. Jacobum acque reintegrantes aduersus omnem infamiam contra eum uigore dicte sententie quouis modo emanatam et mandantes, quod deinceps nemo ipsum dicta occasione de furto appellare aut aduersus ejus honorem et famam quicquam attentare occasione prefata audeat neque presumat sub pena in statutis communis S. Danielis contenta. Et ita dicimus, sententiamus et pronunciamus omnibus meliori modo, uia, jure et forma, quibus melius scimus et possumus.

Lata et in his scriptis promulgata fuit suprascripta sententia per suprascriptum R. D. Guarnerium Vicarium Utini in domo sue solite habitationis super salla, quem locum sibi pro juridico elegit et deputauit etc.

150. 1448. November 27. (fol. 73.). Nos Guarnerius de Artenea, plebanus S. Danielis et pro Reuerendissimo D. D. Ludouico, miseratione diuina tituli S. Laurentii in Damaso presb. Cardinali, camerario apostolico sancteque Aquilegensis ecclesie patriarcha etc. in eadem diocesi et prouincia Aquilegrasi in spiritualibus Vicarius generalis etc. cognoscentes et dicidentes causam et dif-

rentiam coram nobis et officio nostro uentillatam inter Culussium de Rinarotta tamquam habentem, ut asserit, jus patronatus in ecclesia S. Bartholomei de Rinarotta parte ex una, agentem et petentem et uenerabilem uirum presb. Venturam, officiantem Utini, parte ex alia, se tuentem, occasione reparationis dicte ecclesie etc. uisa petitione dicti Culussii petentis prefatum presb. Venturam compelli ad reparandum et reparatam tenendum ecclesiam predictam S. Bartholomei de Rinarotta, que ruinam minatur et precipicium et in ea officiandum seu officiari faciendum bis in qualibet epdomoda et hoc, quia idem presb. Ventura jam diu et pluribus annis elapsis percepit et exegit affictus et redditus dicte ecclesie et de presenti eos recipit et exigit, licet ipsam ecclesiam non reparauit nec in ea officiauit, ut tenetur, uisaque et audita responsione dicti presb. Venture dicentis non potuisse ipsam ecclesiam reparare nec reparari facere nec in ipsa officiare seu officiari facere, quia propter aquas et paludes non est aliqua uia, qua possit aliquid conduci ad ipsam ecclesiam et iri ad officiandum in ea commode et offerentis se uelle in ipsa ecclesia officiare uel officiari facere et eam reparare et reparatam tenere, dummodo per ipsum Culussium seu communitatem Palazoli uel aliquem alium uia eundi ad dictam ecclesiam reparetur et reparata teneatur taliter, quod commode conduci facere ualeat necessaria pro ejus reparatione et ad eam sit tutus accessus ad celebrandum, et audita replicatione dicti Culussii dicentis, quod ad ipsam ecclesiam satis commode accedere potest, nec non audita relatione nobis per Petrum Turba, mareschalcum curie nostre, quem de partium uoluntate missimus ad uidendum, utrum ad ipsam ecclesiam sit tutus accessus uel non etc., facta, quod uidelicet ad ipsam ecclesiam non est tutus accessus conducendi aliquid nec eundi maxime temporibus pluuiarum, nisi uia ipsa reparetur, et demum uisis et auditis omnibus et singulis, que ipse partes dicere, producere et allegare uoluerunt tam oretenus, quam in scriptis Christi nomine ipsis partibus presentibus et ad hanc sententiam audiendam admonitis et citatis pro tribunali sedentes dicimus, sententiamus et declaramus, quod idem presb. Ventura teneatur et debeat dictam ecclesiam S. Bartholomei reparare et reparatam tenere et in ea celebrare aut celebrari facere saltem semel in mense et hoc, si et in quantum idem Culussius seu communitas de Palazolo aut aliqui alii uiam eundi ad dictam ecclesiam taliter reparabunt et reparatam tenebunt, quod ad ipsam ecclesiam iri possit et sibi necessaria conduci quibuscunque temporibus et non aliter, quod tamen idem Culussius et communitas de Palazolo facere teneantur et debeant. Et ita dicimus, sententiamus, diffinimus et declaramus omnibus modo, uia, jure et forma, quibus melius scimus et de jure possumus et debemus.

Lata etc. . . . . Quam sententiam ambe partes laudauerunt et approbauerunt.

151. 1449. Julii 3. (fol. 34.). In Christi nomine Amen. Nos Guarnerius etc. uisa inquisitione per nos formata contra et aduersus presb. Johannem q. Antonii Polan de Nimis, alias plebanum de Atimps de eo, in eo et super eo, quod idem presb. Johannes diabolico spiritu ductus, non habens deum pre oculis,

sed humani generis inimicum, quemdam Georgium Sclauonum, habitantem in Atimps, qui cum eo rixabatur, uulnerauit et percussit in capite cum uno lapide cum maxima sanguinis effusione et ossis fractura ita et taliter, quod idem Georgius ex ipso uulnere fuit et est mortuus, ut in confessione ejusdem presb. Johannis continetur, nolentes similia delicta impunita transire, ne ipse presb. Johannes de ejus scelere ualeat gloriari, sed ut ejus pena aliis transeat in exemplum, uolentes tamen potius in misericordiam, quam seueritatem declinare, solum deum pre oculis habentes, pro tribunali sedentes ipsum presb. Johannem coram nobis presentem et audientem et ad hanc nostram sententiam audiendam admonitum et citatum per sententiam priuamus omni beneficio et officio ecclesiastico et ipsum condempnamus, quod perpetuo in arto monasterio recludatur ad perpetuam penitentiam peragendam, pronunciantes ex nunc et sententiantes, quod si idem presb. Johannes de cetero in Aquilegensi diocesi reperietur, carceribus mancipetur, ubi perpetuo detineatur in pane doloris, et ita dicimus, pronunciamus, sententiamus et condempnamus omnibus melioribus modo, uia, jure et forma, quibus melius possumus et de jure debemus. Declarantes insuper, quod propter grauem tibiarum infirmitatem, qua ipse presb. Johannes de presenti tenetur adeo, quod ambulare non potest, idem presb. Johannes habeat terminum ad intrandum monasterium hinc ad unum mensem proxime futurum.

Lata et in scriptis promulgata fuit suprascripta sententia et condempnatio per prefatum R. D. Vicarium Tarcenti in domo habitationis ejusdem R. D. Vicarii ad jus reddendum pro tribunali sedentem die Jouis 3. Julii 1449 indictione XII. presente ipso presb. Johanne et audiente ac presentibus egregio D. Herasmo, legum doctore de Utino etc. . . . . testibus et aliis pluribus ad hec habitis.

152. 1492. Februar 8. (fol. 15ᵛ. u. fol. 16.). Coram R. D. Vicario predicto existentibus Sr. Zardino de Ceneta nomine suo et fratris cum D. Bernardino Bertolla, aduocato suo ex una et eximio medicine doctore D. mag. Dominico de Judice cum clarissimo jurisconsulto D. Jacobo de Castello, ejus causidico ex altera. Ubi prelibatus D. Vicarius partes ipsas monuit ex tunc ad audiendum sententiam:

In Christi nomine Amen. Nos Hieronymus a Zendatis, juris doctor et Venetiarum canonicus ac Reuerendissimi in Christo patris et D. D. Jacobi Valaressi, dei et apostolice sedis gratia episcopi Justinopolitani dignissimi, nec non in patriarchatu et diocesi Aquilejensi pro uenerando capitulo S. Aquil. ecclesie sede uacante gubernatoris generalis meritissimi Vicarius: Visis literis citatoriis D. Bernardini de Maraschalchis contra et aduersus Sr. Zardinum et Titianum fratres et filios q. Sr. Martini de Ceneta ad instantiam D. Alexandri Bolane uti unius ex commissariis q. D. Mathei Leono ac Sr. Andree, boni procuratoris dicte commissarie cum inhibitione inserta, uisa relatione exequtionis predictarum literarum citatoriarum, uisa petitione pro parte D. commissariorum commissarie q. D. Mathei Leono, uisa responsione partis aduerse, uisis repli-

cationibus pro parte predictorum D. commissariorum productis. uisis quibusdam aliis litteris citatoriis R. in Christo patris D. Nic Francho, dei et apostolice sedis gratia episcopi Taruisini dignissimi ac apostolice sedis legati. judicis appellationis in ciuitate et diocesi Cenetensi, pro Reuerendissimo D. patriarcha Aquil. Locumtenentis generalis contra Zardinum et Ticianum predictos. uisa relatione exequutionis earundem. uisis quibusdam litteris D. Bucii, R. capituli s. Aquil. ecclesie sede uacante tunc Vicarii, per quas D. Joanni de Martinis, prefati Reuerendissimi D. episcopi Taruisini Vicario prefatam appellationis causam reassumendam commisit. uisis quibusdam litteris citatoriis ejusdem, uisa relatione predictarum litterarum exequutionis facte, uisis quibusdam exceptionibus declinatoriis productis pro parte Zardini et Ticiani predictorum, uisis quibusdam litteris prefati D. Bucii. tunc Vicarii, ut supra dictum est, quibus commissionem predictam per ipsum factam reuocauit, uisa quadam interlocutoria prefati D. Bucii super reuocatione predicta cum decreto inhibitionis inserto, uisa quadam assignatione quattuor mensium de secundo fatali procuratori prefatorum D. commissariorum facta in hoc tribunali, uisa quadam appellatione pro parte Zardini et Ticiani predictorum a predicta assignatione interposita, uisis quibusdam exceptionibus pro parte predictorum commissariorum productis, uisis quibusdam capitulis etiam eorum nomine productis. uisis quibusdam oppositionibus contra capitula predicta ac quibusdam replicationibus contra exceptiones D. commissariorum pro parte Zardini et Ticiani predictorum productis et eorum interrogatoriis ac quibusdam capitulis. uisis quibusdam exceptionibus pro parte predictorum D. commissariorum contra testes partis aduerse et cancellarium Cenetensem productis. uisis quibusdam capitulis productis pro parte prefatorum D. commissariorum, uisis quibusdam replicationibus et oppositionibus partis aduerse, uisis quibusdam interrogatoriis predictorum Zardini et Ticiani, uisis attestationibus testium hinc inde productorum uisis copiis nonnullorum instrumentorum productis. uisa quadam interlocutoria nostra, quod non currant fatalia etiam de consensu partis appellate, uisis quibusdam aliis capitulis pro parte Ticiani et Zardini predictorum productis, uisa conclusione in hujusmodi causa facta, uisoque toto processu in prima instantia agitato. uisa pretensa sententia diffinitiua lata per prefatum D. Vicarium R. D. episcopi Cenetensis in fauorem Zardini et Ticiani predictorum et contra commissarios predictos. uisisque ceteris coram nobis inter dictas partes agitatis ac super omnibus et singulis diligenti et matura deliberatione prehabita ac cognitis ipsius cause meritis et equa justicie lance discussis, uisa denique citatione et monitione eisdem partibus peremptorie per nos facta pro his die et hora ad hanc nostram diffinitiuam sententiam audiendam: — EJUS nomine inuocato, sine quo nullum boni operis potest esse edificium I. q. 1. Cum Paulus (c. 26. C. I. q. 1.), Sedentes pro tribunali more solito judicantis per hanc nostram diffinitiuam sententiam. quam ferimus in his scriptis. dicimus, pronunciamus, sententiamus et declaramus per D. Vicarium R. D. episcopi Cenetensis nulliter fuisse et esse processum et sententiatum ac ab ejus pretensa

sententia pro parte prefatorum D. commissariorum fuisse et esse bene (superflue tamen) appellatum, uictos uictoribus in expensis legitimis condemnantes, quarum taxationem nobis in posterum reseruamus, et ita dicimus, pronunciamus, sententiamus et declaramus hoc et omni meliori modo, uia, jure et forma, quibus possumus et debemus. Laus deo.

Lata, data et in his scriptis sententialiter promulgata fuit sententia diffinitiua suprascripta per prelibatum R. D. Hieronymum Vicarium in camera sua cubiculari domus S. Antonii sue residentie de Utino pro tribunali sedentem, lecta uero et pronunciata per me Bertrandum Rundulum, notarium et coadjutorem infrascriptum de sui commissione et mandato die Mercurii octaua mensis Februarii millesimo quadringentesimo nonagesimo secundo, indictione X. Presente eximio medicine doctore D. mag. Dominico a Judice, phisico de Ceneta, pro dicta commissaria cum prestanti jurisconsulto D. Jacobo de Castello, ejus causidico, sententiam ipsam tanquam justam et sanctam laudante ac prelibato D. Vicario de bona justitia gratias agente, presentibusque Sr. Zardino et preclaro juris doctore D. Bernardino Bertolla, ejus procuratore et ab ipsa sententia appellantibus ad sanctam sedem apostolicam petentibusque apostolos semel, bis et ter, instanter, instantius et instantissime ac dicte appellationi deferri et ea pendente nihil innouari. Cui appellationi tanquam friuole prefatus D. Vicarius non detulit et super ea assignauit apostolos refutatorios, quos ex tunc dicte parti appellanti obtulit, a qua non delatione iterum dicti Sr. Zardinus et D. Bernardinus ac totiens, quotiens non fuerit delatum, appellarunt et prelibatus D. Vicarius totiens non detulit, quotiens fuerit appellatum. Stantibus quoque ibidem R. D. Hieronymo de Nordiis, decano, uen. D. Leonello de Leonellis et Bernardo Cont, canonicis ecclesie collegiate beate Marie ciuitatis Austrie testibus rogatis etc.

153. 1492. März 31. (fol. 35.). Coram u. s. comparentibus clarissimo juris doctore D. Franc. de Strasoldo et D. Leonardo del Torso, sindicis parochianorum plebis Enemontii ex una, petentibus declarari, quis prius debeat admitti ad ponendum et eximio juris doctore D. Franc. Tulmetano, procuratore presb. Jacobi Janisi ex altera partibus. Qui D. Vicarius dixit nondum esse resolutum, propterea terminum posuit ad diem Jouis proximam ad audiendum declarationem et interim monuit partes ad allegandum. Et ibidem prefati D. Fr. de Strasoldo et D. Leonardus pro fauore jurium partis sue produxerunt notam reuocationis facte per capitulum S. Felicis de Aquileia de collatione facta dicto presb. Jacobo dicte plebis Enemontii manu D. presb. Joannis d. S. Foca, notarii publici, tenoris infrascripti, cui productioni dictus D. Fr. Tulmetanus dixit non consentire, quia dixit partem producentem non releuare nec in jure nec in facto, nihilominus petiit illius copiam cum termino opponendi, in quantum sibi uisum fuerit, ad diem Martis proximam.

154. 1492. April 7. (fol. 38.). Coram u. s. comparentibus uen. presb. Sebastiano cum aduocato suo ex una et clarissimo juris doctore D. Fr. de

Strasoldo, procuratore D. plebani Mortegliani ex altera. Ubi dictus presb. Sebastianus institit declarari super XV et XIX. positionibus, prout alias insteterat. Qui D. judex consideratis considerandis Christi nomine inuocato pronunciauit et declarauit, quod dictus D. plebanus non possit examinari facere super ipsis XV. et XIX. capitulis, ex quo concernunt idem cum aliis et fuerunt examinati testes super eodem facto et publicati et dicta didicita. Qui presb. Sebastianus pronunciam laudauit et dictus D. Franciscus non consensit et protestatus fuit de appellando Sr. Andrea de Monticulis et Sr. Jacobo de Percuto, ciuibus Utinensibus, testibus etc.

155. 1492. April 7. (fol. 38.). In Christi nomine Amen. Nos Siluester de Sanctis, canonicus Utinensis, in patriarchali curia Aquilejensi Vicarius substitutus: Cognoscentes super articulo, quisnam inter infrascriptos litigantes prius debeat admitti ad ponendum, an uen. presb. Jacobus Janisi, institutus plebis Enemontii, an parrochiani ipsius plebis appellantes etc., in quo quidem articulo uisa instantia hinc inde facta et responsione hinc inde auditisque partium clarissimis aduocatis et procuratoribus in allegationibus et aliis, uisis uidendis et consideratis considerandis habitaque superinde matura deliberatione et tractatu: Christi nomine repetito, cujus judicium infallibile est, in his scriptis interloquendo dicimus, sententiamus et pronunciamus eosdem homines et communia siue eorum legitimos procuratores debere prius admitti et admittendos esse ad ponendum et probandum in causa ista et per consequens actoris partes substinere non obstantibus exceptionibus et rationibus allatis per partem aduersam, quam substinere partes rei in presenti causa interloquimur et declaramus omni meliori, quo possumus, modo, jure et forma ex pluribus rationibus et causis ad hoc animum nostrum mouentibus et precipue infrascriptis, quia appellatio extrajudicialis non dicitur proprie appellatio, sed prouocatio quedam ad causam, que habetur loco citationis cujusdam et per consequens qui primo prouocat ad causam et appellat, primo admitti debet ad probandum, item quia in causa presenti non est dare primam instantiam, sed dumtaxat prouocationem quandam et per consequens nulla subest ratio, cur prouocatus primo admitti debeat etc., item quia capitulum S. Felicis habet intentionem fundatam de jure communi, quod libere possit conferre omnia ejus beneficia, qui ergo istud jus negant, nituntur jure speciali et per consequens illud coguntur probare, et ita, ut supra, dicimus, pronunciamus et interloquimur omni meliori modo, quo possumus. Laus deo.

Lata, data et promulgata fuit sententia interlocutoria suprascripta, lecta uero et pronunciata fuit per me Bertrandum Rundulum, notarium et coadjutorem infrascriptum de sui commissione et mandato die Sabbati septima Aprilis 1492, indictione X^a., presentibus exim. doct. D. Fr. de Strasoldo et D. Leonardo di Torso, sindicis plebis Enemontii, sententiam laudantibus et eximio jurisconsulto D. Fr. Tulmetano dicente non consentire et reseruare sibi hoc jus deducendi,

quandocunque sibi uidebitur opportunum, presentibus spect. doct. D. Bern. Bertolla, D. Jac. de Castello et Nic. Guliola testibus etc.

Quo facto clarissimus juris doctor D. Fr. de Strasoldo sindicus manutactis scripturis posuit positiones superiori die productas, jurans in animam constituentium ad sacra dei euangelia credere illas esse ueras, instans principalem aduersarium cogi ad eis respondendum medio simili juramento, protestante D. Fr. de Tumetio, quod non admittantur, nisi saluo jure impertinentium etc Qui D. judex positiones admisit cum dicta protestatione et declarauit, quod principalis respondeat ad primam uel intra.

156. 1492. Mai 5. (fol. 43v.). Die predicto R. D. Hieronymus Vicarius, dum esset in calculo infrascripte ferende sententie oretenus monuit partes coram eo constitutas pro tunc ad eam audiendam.

In Christi nomine Amen. Nos Hieronymus a Zendatis, juris doctor et Venetiarum canonicus ac Reuerendissimi in Christo patris et D. D. Jacobi Valaressi, Dei et apostolice sedis gratia episcopi Justinopolitani dignissimi ac in patriarchatu et diocesi Aquil sede uacante pro uen. capitulo Aquil. ecclesie gubernatoris generalis meritissimi Vicarius: Visis citatoriis literis nostris una cum inhibitione inserta, uisa petitione partis appellantis, uisa responsione partis aduerse, uisis quibusdam exceptionibus pro parte partis appellantis coram nobis productis, uiso juramento de calumnia seu malitia per ipsum appellantem prestito, uisis quibusdam capitulis partis ipsius appellantis coram nobis productis, uisis interrogatoriis partis aduerse, uisis attestationibus quorundam testium, uiso processu in judicio S. Danielis inter dictas partes agitato una cum sententia in dicto judicio lata, uisisque ceteris inter dictas partes coram nobis et officio nostro factis et agitatis ac super omnibus et singulis diligenti et matura deliberatione prehabita, uisa citatione et monitione eisdem partibus nostra peremptorie facta pro his die et hora ad hanc nostram diffinitiuam audiendam, sedentes pro tribunali more solito judicantis per hanc nostram diffinitiuam sententiam, quam ferimus in his scriptis, dicimus, pronunciamus, sententiamus et declaramus in fauorem Joannis, filii et procuratoris Antonii Ariucie de S. Vito bene fuisse et esse pronunciatum et per Danielem Cisterninum fuisse et esse male appellatum, uictum uictori in expensis legitimis condemnantes, quarum taxationem nobis in posterum reseruamus, et ita dicimus, pronunciamus, sententiamus et declaramus hoc et omni meliori modo, uia, jure et forma, quibus possumus et debemus. Laus deo.

Lata, data et in his scriptis promulgata fuit sententia diffinitiua suprascripta a prefato R. D. Hieronymo, Vicario curie patriarchalis Aquil. dignissimo pro tribunali sedente in camera sua cubiculari domus S. Antonii de Utino, lecta uero per me notarium et cancellarium infrascriptum de sua commissione et mandato anno natiuitatis dominice 1492, indictione 10., die uero Sabbati 5. mensis Maji, hora XX. uel quasi, presentibus Joanne, filio et procuratore Antonii Ariucie de S. Vito cum clarissimo juris doctore D. Fr. de Strasoldo, aduocato suo et sen-

tentiam ipsam ut equam et juridicam laudante et approbante ac preclaro legum doctore D. Odorico Merlatto, ciue Utinensi, nomine dicti Danielis Cisternini absentis et a dicta sententia uiue uocis actu tanquam nulla et nulliter lata uel potius, ut dixit, iniquissima appellante et prouocante ad s. sedem apostolicam et R. D. legatum petenteque apostolos in forma juris, quos obtulit recipere quandocunque, cui pretense appellationi prelibatus D. Vicarius tanquam friuole et inani non detulit et super ea decreuit et assignauit apostolos refutatorios per D. appellantem recipiendos die penultima juris, presentibus exim juris doctoribus D. Bertolla, Riccardo de Fontebono et Jacobo de Castello testibus uocatis et rogatis et aliis multis.

157. 1492. Mai 8. (fol. 48.). Prefatus R D. Vicarius dum esset in calculo infrascripte sententie ferende monuit peremptorie partes pro tunc ad ipsam audiendam. Deinde detulit juramentum ipsi Antonio, si unquam contraxit matrimonium cum dicta Catherina uel eam aliquando carnaliter cognouit, qui juramento corporaliter prestito super scripturis constanter negauit utrumque.

In Christi nomine Amen. Nos Hieronymus etc. . . . . uisis literis citationis nostris contra et aduersus Catherinam, filiam Boni de Trilaco, uisa petitione Antonii Rubei de dicto loco, appellantis, uisa responsione partis aduerse, uiso toto processu agitato inter dictas partes in curia episcopali Tridentina una cum sententia lata in fauorem Catherine predicte et contra antedictum Antonium, uisa conclusione in causa appellationis hujusmodi facta, uiso juramento prestito per Antonium predictum ad delationem nostram, uisisque ceteris agitatis et factis inter dictas partes ac super omnibus et singulis diligenti et matura deliberatione prehabita, uisa denique citatione et monitione nostra eisdem partibus peremptorie facta pro his die et hora ad hanc nostram diffinitiuam sententiam audiendum: Christi nomine repetito sedentes pro tribunali more solito judicantis per hanc nostram diffinitiuam sententiam, quam ferimus in his scriptis, dicimus, pronunciamus, sententiamus et declaramus per D. Vicarium curie episcopalis Tridentine male judicatum et pro parte Antonii predicti fuisse et esse bene appellatum, uictam ab expensis nihilominus certis rationibus animum nostrum mouentibus absoluentes, et ita dicimus, pronunciamus, sententiamus et declaramus hoc et omni meliori modo, uia, jure et forma, quibus possumus et debemus.

Lata, data etc. . . . . presentibus spect. juris doctore D. Riccardo de Fontebono, procuratore dicte Catherine et sententiam in parte et partibus in fauorem dicte Catherine facientibus laudante et approbante, in illis uero partibus militantibus contra eam ab ipsa sententia uiue uocis actu prouocante et appellante ad s. sedem apostolicam et ad alium quemcunque judicem competentem petenteque apostolos in forma juris debita et instante hujusmodi appellationi sue deferri ac dicto Antonio cum preclaro jurisconsulto D. Nic. Guliola et similiter sententiam ipsam approbante et laudante in parte et partibus dumtaxat pro se facientibus, in aliis uero, que faciunt contra eum, ex quo pars aduersa ap-

pellauit, et ipse etiam appellare dixit a dicta sententia et sic ab ea oretenus prouocauit ad prefatam sedem apostolicam et quemuis alium judicem competentem petendo apostolos in forma juris consueta et instando pro ejusdem appellationis admissione. Qui D. Vicarius utrique appellationi ut supra interposite ob reuerentiam prelibate sedis apostolice detulit et assignauit loco apostolorum reuerentialium tenorem sententie cum hujusmodi responsione sua accipiendum quandocunque ipsis appellantibus placuerit infra terminum juris presentibus .... testibus etc.

158. 1492. Mai 26. (fol. 58ᵛ.). Coram u. s. comparuit dictus spect. juris doctor D. Nicolaus Guliola, assertus procurator siue sindicus communis et hominum Ziraci cum aliquibus ex dictis hominibus in termino citationis facte fratri Bernardino ibidem officianti instans et petens eundem cogi ad respondendum petitioni et libello suo alias producto et in causa procedi ad ulteriora. Ex aduerso comparuit dictus frater Bernardinus cum eximio doctore juris D. Bernardino Bertolla, aduocato suo et institit, quod per ipsum D. Vicarium deberet prius et ante omnia declarari super suis exceptionibus. Qui D. Vicarius auditis partibus ac uisis et consideratis dictis exceptionibus per antea quam hodie et in mente sua bene resolutus monuit eundem fratrem Bernardinum coram eo personaliter constitutum et intelligentem ad respondendum libello aduersariorum et litem contestandum ad primam diem juridicam proxime sequentem, cui monitioni dictus frater Bernardinus non consensit et protestatus fuit de appellando, si sibi uisum fuerit expedire presentibus N. et N. testibus.

159. 1492. Juni 2. (fol. 61ᵛ.). In Christi nomine Amen. Nos Hieronymus a Zendatis etc. . . . . uiso quodam mandato hujus tribunalis facto Sr. Joanni Arsenio de Ponte, cancellario terre Venzoni sub pena excommunicationis late sententie, quatenus infra certum terminum in eo expressum et nunc elapsum debeat D. Antonio de Nicolettis, canonico Ciuitatensi aut Sr. Octauiano, ejus fratri et procuratori soluisse ducentos uiginti unum pro resto cujusdam quartesii ragonee, alias sibi uenditi cum expensis factis aut aliter in concordia remansisse, uisa relatione presentationis ejusdem mandati, uisis quibusdam litteris citatoriis hujus tribunalis, per quas dictus Sr. Joannes Arsenius citatur, quatenus certo termino tunc expresso, nunc uero elapso comparere debeat legitime hora audientie causarum consueta ad dicendum et allegandum causam, quare non debeat pronunciari et declarari ipsum excommunicationis sententiam ob non paritionem et ejus inobedientiam incurrisse cum conminatione, quod, nisi paruerit, procedetur ad declarationem et publicationem, prout et sicut latius in eisdem litteris continetur, uisa relatione de hujusmodi citatione facta et uisa ejus contumacia non comparentis, uisa instantia predicti Sr. Octauiani fratris et procuratoris predicti, uisisque ceteris uidendis ac super omnibus et singulis diligenti et matura deliberatione prehabita: ejus nomine inuocato, a quo recta procedunt judicia, sedentes pro tribunali dicimus, pronunciamus, sententiamus et declaramus prefatum Sr. Joannem Arsenium fuisse et esse contumacem et

inobedientem ac excommunicationis majoris sententiam ob non solutionem et non paritionem mandati predicti incurrisse ac publicandum esse et publicari debere, et ita dicimus. pronunciamus, sententiamus et declaramus hoc et omni meliori modo, uia, jure et forma, quibus possumus et debemus. Laus deo.

Lata, data et in his scriptis sententialiter promulgata fuit sententia suprascripta per prefatum R. D. Hieronymum Vicarium antedictum pro tribunali sedentem in camera sua cubiculari domus S. Antonii de Utino, lecta uero et publicata per me Paulum Sanctoninum, cancellarium infrascriptum, de sui commissione et mandato anno natiuitatis dominice 1492, indictione 10., die uero Sabbati 2. mensis Junii, hora XIX. uel circa presente dicto Sr. Octauiano et sententiam ipsam laudante, presentibus etiam spect. juris doctoribus D. Bern. Bertolla, D. Nicolao Guliola, D. Franc. Tulmetano et D. Andrea de Belgrado etc. uocatis specialiter et rogatis.

160. 1492. October. (fol. 106.). Coram u. s. etc. . . . . Qui D. Vicarius audita oppositione et exceptione facta pro ipso D. Antonio contra personam ejusdem D. Joannis et intellecta replicatione ejusdem D. Hieronymi et promissione, quod idem D. Udalricus principalis ratum habebit etc. attento quoque, quod idem D. Joannes habebat penes se jura partis, pronunciauit et interloquendo declarauit memoratum D. Joannem admittendum esse et admitti debere uti procuratorem legitimum Udalrici predicti in causa et negocio, de quo agitur et sic admisit. Qua admissione facta etc.

Sachregister

zum I. und II. Teile.

Die römischen Ziffern bezeichnen den Teil, die arabischen die Seite, die als Exponent gesetzten die Noten.

A.

Abschriften von Urkunden II. 61—63. 194. 195. 206–208. 226.

Acceptation (Annahme) des Geständnisses I. 80. 81; — der Eidesdelation II. 250.

Accusatorischer Strafproceß I. 9. 13—15. 31. 32. II. 116. 180. 189. 225.

Actores juristischer Personen I. 72. 77.

Advocati als processualische Vertreter I. 72. 77.

Affirmanti, non neganti incumbit probatio I. 27 u. ff. 34[2].

Agnition der Urkunden, Agnitionspflicht II. 213.

Aliena facta, Eidesdelation über II. 248. 249. 251—254.

Allegationen u. Disputationen I. 116. II. 113. 171. 172. 222. 264. 283. 284. 288.

Alte Urkunden II. 45. 54. 55.

Anbietung des Beweises II. 107 109. 120—126. 192. 193. 228. 229. 268 bis 270. 274. 280.

Anfechtung des Geständnisses I. 93

Animus confitendi I. 78—81. 89. II. 57; — litem contestandi I. 71. 72. 86.

Anticipation des Beweises II. 120—123. 193. 228. 229.

Anwendung des canon. Processes I. 5–8. 129. u. ff.

Anzeichen s. Indicien.

Approbation richterliche, der Eidesdelation II. 235—238. 241—243. 249. 252. 254. 255.

Archivalische Urkunden II. 45. 54.

Argentarii, Verbindlichkeit derselben zur Urkundenedition II. 203. 204.

Armut, Einfluß derselben auf die Beweiskraft der Zeugenaussage II. 13.

Arten des canon. Processes I. 7 u. ff.

Auctor, Eidesdelation an den II. 232.

Auditu testimonium de II. 24. 25.

Augenschein gerichtl. I. 104. 105. 116. 137. II. 1 u. ff. 106 u. ff. 290. 291.

Ausbleiben von dem zur Eidesleistung gesetzten Termine II. 263. 264.

Ausländische Gesetze, Beweis derselben im Processe I. 40. 46.

Aussage dritter Personen s. Zeugen, Sachverständige.

Außergerichtliches Geständniß I. 70. 76. 79. 80. 88. 89. 95. 135—137.

Authenticität der Urkunden s. Echtheit.

B.

Bearbeitung des canon. Processes I. 3—5.

Bedenklichkeit der Zeugenaussage s. Verdachtsgründe beim Zeugniß.

Bedeutung des canon. Processes I. 1—3.

Beeidigung der Zeugen II. 21—23. 157—159; — der Sachverständigen II. 36. 37.

Befreiung von der Zeugnißpflicht II. 28.

Beglaubigte Abschriften von Urkunden II. 61—63. 195. 314; — Uebersetzung von Urkunden II. 207.

Begründung des Sachverständigengutachtens II. 37. 38. 305.

Beichtsiegel, Einfluß desselben auf die Zeugnißfähigkeit der Geistlichen II. 11.
Berichtigung der Zeugenaussage II. 162.
Bescheinigung I. 112.
Beschlagname von Papieren, Briefschaften ꝛc. II. 225.
Bestochene Zeugen II. 17.
Beweis, Begriff I. 18. 19; Arten, resp. Eintheilung I. 20—25; — directer (unmittelbarer, natürlicher) und indirecter (mittelbarer, künstlicher, circumstantieller) II. 92. 93. 97. 98. 102—104; — einfacher und zusammengesetzter II. 95. 96. 285—289. 317—320; — vollständiger (ganzer) und unvollständiger (halber, mehr oder weniger, als halber) II. 95. 96. 104. 278. 285 bis 289. 294. 299. 300. 301. 305. 306. 318—320.
Beweisanbietung s. Anbietung des Bew.
Beweisanticipation s. Anticipation des Bew.
Beweisartikel I. 74. 114. II. 126—131. 140. 141. 160. 186. 187. 208.
Beweisaufname I. 118. II. 109—111. 156 u. ff. 206 u. ff. 255 u. ff. 278 u. ff.
Beweisführung I. 19. 112; — zum ewigen Gedächtnisse (ad perpetuam memoriam) I. 117—119. 128. 140. II. 108. 109. 114. 115. 117. 174—180. 188. 222—225. 264. 265. 278.
Beweisgrund I. 19. 100. 101. 103. 104.
Beweiskraft I. 19.
Beweislast I. 25 u. ff. 132. 133.
Beweismittel I. 19 99 u. ff 137.
Beweisregeln I. 20. 125 128. 140. 141. II. 290—322.
Beweissatz (Beweisthema) I. 38. II. 128. 124. 126—129. 134. 144. 145. 146. 147. 168. 194
Beweissystem I. 100—103. 108. 125—128.
Beweistermin II. 123 u. ff.
Beweistheorie I. 19. 107. 108. 125 bis 128. II 292. 293. 298. 300 301 304. 307. 315 317—322
Beweisverfahren I. 112—123. 138 bis 140. II. 106—289.
Blindheit, Einfluß derselben auf die Fähigkeit zur Zeugenaussage II. 8.

C.

Calumnieneid I. 11. 38. 47. 72. 73. 75. II. 66. 82. 83. 143. 148. 149. 259—262.
Capitula beim Zeugenbeweise II. 126. 128.
Cautio indiscreta I. 89[1]. II. 58. 59.
Citation der Zeugen II. 138. 139. 141.
Civilproceß canon. I. 7. 9. 10. 11.
Committirung richterlicher Acte II. 112. 130. 133. 140. 141. 156. 157. 159. 163. 164. 206. 256.
Communia instrumenta s. gemeinschaftliche Urkunden.
Communis opinio habet vim consuetudinis II. 299.
Comparatio litterarum II. 215—217. 308. 309.
Confessio in jure I. 82 u. ff.; — in judicio s. Geständniß.
Contumacia II. 206.
Copien von Urkunden s. Abschriften.
Corporationsmitglieder, Beweiskraft ihrer Aussage in Sachen der Corporation II. 14.
Credulitätseid I. 72. II. 73—76. 244. 248. 249.
Curatoren I. 72. 77. 78. II. 282.

D.

Defensivproceß im canon. Inquisitionsverfahren I. 33. 46. 120.
Delation des Eides II. 66. 67. 79. 80 bis 84. 88—91. 228—232.
Delationsfähigkeit II. 80—84.
Delegation II. 111. 112.
Denominatio testium II. 129. 130.
Denuntiatio canonica s. evangelica I. 9. 12. 14. 15.
Dienstverhältniß, Einfluß desselben auf die Beweiskraft der Zeugenaussage II. 16.
Diffessionseid II. 214.
Dilationes probatoriae II. 123. 124.
Directorium beim Zeugenbeweise II. 129. 163.
Dispositionsfähigkeit des Confitenten I. 76.
Dispositivurkunden II 41. 42. 51. 52. 60. 310.
Disputationen s. Allegationen.
Dominium litis II. 282.

E.

Echtheit der Urkunde, Echtheitsbeweis II. 48 u. ff. 209 u. ff. 308.

Edition von Urkunden Editionseid, Editionspflicht II. 197–206.

Editionszwang im Strafverfahren II. 225. 226.

Ehegatten, Beweiskraft ihrer Zeugenaussage für oder gegen einander II. 15. 16.

Eheproceß s. spirituelle Angelegenheiten, Verfahren in.

Eid der Parteien I. 106. 109. 110. 127. 137. II. 63 u. ff. 228 u. ff. 315–317 über das Rechtsverhältniß im Gegensatze zum Eide über Thatsachen II. 84. 267. 268.

Eidesabname s. Eidesleistung.

Eidesdelation, Eideszuschiebung s. Delation des Eides.

Eidesleistung II. 84. 255. 256. 257. 259. 260. 262. 264. 272. 273.

Eidessatz (Eidesinhalt) II. 84. 85. 256.

Eidesunfähigkeit II. 78–84. Folge des Eintritts derselben unmittelbar vor Ablegung des Eides II. 265–267.

Eidesverweigerung II. 249. 254. 255. 272. 275.

Eidhelfer I. 102. 110. II. 69. 75.

Erfüllungseid I. 109. 110. 127. II. 67. 68. 79. 88–91. 268–273. 316.

Ergänzung der Beweisaufname, resp. der Beweisführung II. 112. 162. 170. 186.

Erklärung des Delaten über die Eidesdelation II. 235. 238 u. ff.

Erlaß des Schiedseides II. 263. 264.

Eventualprincip I. 115. II. 286.

Evidentia rei s. facti I. 53. 54. 110. II. 4. 5. 106–111. 115. 310.

Exceptionem, das Verfahren per I. 12.

Exceptiones contra personas et dicta testium II. 136. 137. 139. 140. 141. 149. 150. 153. 168. 170–174. 177. 178. 184.

Excommunication, Einfluß derselben auf die Zeugnißfähigkeit II. 12.

Exemplification von Urkunden II. 62. 63. 225.

F.

Fälschung der Urkunde II. 212. 217.

Feindschaft, Einfluß derselben auf die Beweiskraft der Zeugenaussage II. 16.

Fiscus, Privilegium desselben bei der Urkundenedition II. 201. 202.

Folter I. 96. 97.

Form des Eides II. 158. 262.

Frauen, Zeugnißfähigkeit derselben I. 1[illegible]

Freundschaft, Einfluß derselben auf die Beweiskraft der Zeugenaussage I. 16.

G.

Gegenbeweis, Gegenbeweisführung I. [illegible] bis 25. II. 134. 135. 146[74]. [illegible] 212. 217. 291. 302. 314.

Gegenstand des Beweises I. [illegible] 134; — des Eides II. 84–[illegible]

Geistliche, Zeugnißfähigkeit derselben I. 11. 12[29].

Gemeinschaftliche Urkunden II. [illegible]

Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel I. 119. 120. 140. II. 14[illegible]–[illegible] 179. 220. [illegible]. 234.

Gerichtsacten I. 72. 116. [illegible] 113. 114. 115. 162.

Gerichtskundigkeit I. 5[illegible]. 52. 54.

Geständniß I. 67. 99. 135. [illegible]

Geständnißurkunden II. 41. 42. 5[illegible]. 310–312.

Gewissensvertretung II. 244–[illegible]

Gewißheit, rechtliche einer Thatsache ohne Beweis I. 47. 67.

Gewohnheitsrecht, Beweis desselben im Processe I. 40. 41. 46.

Glaubenseid s. Credulitätseid.

Gutachten s. Sachverständige.

H.

Handelsbücher II. 56.

Handschriftenvergleichung s. comparatio litterarum.

Haupteid s. Schiedseid.

Hausdurchsuchung II. 225.

Hausgenossenschaft, Einfluß derselben auf die Beweiskraft der Zeugenaussage I. [illegible]

Herbeischaffung der Beweismittel I. [illegible] II. 111. 141. 142. 197 u. ff. — von Gegenständen zur Augenscheinsnormen I. 111. 117.

Hörensagen, Zeugen vom II. [illegible]

I.

Identität der Zeugen II. 21. [illegible] 150.

Ignoranzeid II. 73—76. 249.
Impugnation II. 170—174. 221.
Incidenzpunkte, resp. —verfahren II. 181 186. 137. 141. 184. 185. 194. 198[17]. 204—206. 220. 235. 243.
Indicien, Indicienbeweis I. 56—59. 65. 66. 107. 111. 127. 137. 138 II. 19. 56. 91—105. 276—285 317—322.
Infamia, Einfluß derselben auf die Zeugnißfähigkeit II. 12.
Informationsaugenschein II. 3. 4.
Informativproceß I. 120.
In integrum restitutio I. 78. 93.
Innovation von Urkunden II. 63. 223. 224. 225.
Inquisitio contra haereticam pravitatem I. 16.
Inquisitorisches Strafverfahren I. 9. 13. 14. 15. 32. 33. 45. 46. 64—66. 96—98. 110—123. II. 116—119. 180—183. 189—191. 225—227. 275. 276. 283. 284. 288.
Instrumentum II. 39. 40.
Interesse am Ausgange des Proc., Einfluß desf auf die Beweiskraft der Zeugenaussage II. 17.
Interimswahrheit I. 55[3]. 62.
Interlocut II. 131 237.
Interrogationen I. 74. 80. 84. 85. 114.
Interrogatoren beim Zeugenverhöre II. 164—167.
Interrogatoria II. 132—134. 141. 160. 161. 186. 187.
Intervallum lucidum, Einfluß desselben auf die Zeugnißfähigkeit des Wahnsinnigen II. 9.
Irreferibilität des Schiedseides II. 81. 82. 251—254.
Irrtum beim Geständnisse I. 78. 92. 93. 94.
Judex tenetur sequi opinionem communem II. 299. 300.
Juramentum calumniae s. Calumnieneid.
Juramentum de credulitate s. Credulitätseid.
Juramentum de veritate s. Veritätseid.
Juramentum de veritate dicenda I. 11. 72. 73. 75. II. 71[25]. 89[82]. 90. 260. 261.
Juramentum ignorantiae s. Ignoranzeid.
Juramentum in litem s. Schätzungseid.
Juramentum malitiae I. 72.
Juramentum purgatorium s. Reinigungseid.
Juramentum quantitatis II. 70.
Juramentum suppletorium s. Erfüllungseid
Juramentum Zenonianum II. 70. 275.
Jurare in animam alterius II. 259—261.
Juristische Personen, Eidesdelation an II. 231; — Eidesleistung derselben II. 260. 261.

K.

Kaufleute, Verbindlichkeit derselben zur Urkundenedition II. 204.
Ketzer, Zeugnißfähigkeit der II. 12.
Krankheit, Einfluß derselben auf die Zeugnißfähigkeit II. 9.
Kunstverständige s. Sachverständige.

L.

Legalisirte Urkunden II. 45. 46. 208 u. ff.
Litiscontestation I. 38. 47. 71. 72. 85. 86. 114. 115. 118. II. 121. 122.

M.

Manifestationseid II. 70. 79.
Manifestum I. 49 50.
Meineidige, Zeugnißunfähigkeit derselben II 12 — Eidesunfähigkeit derselben II. 79. 81. 83[65].
Meineidserinnerung II. 158. 256. 257.
Menschenkundigkeit I. 50. 54.
Mentalreservationen II. 85.
Mitschuldige, Zeugnißunfähigkeit derselben II. 14.

N.

Negative, Beweis der I. 28—31. 43. 44.
Notare II. 165. 166. 167. 204.
Noteid I. 109. 110. II. 67. 68. 79. 268—273. 316.
Notorietät I. 47—54. 64. 65. 134. II 4. 5. 106—111. 290. 291; — Verfahren bei I. 12. 49. 64. 65. II. 117.
Nullitätsproceß I. 130.
Nummularii, Verbindlichkeit derselben zur Urkundenedition II. 203. 204.

O.

Object des Beweises s. Gegenstand des Beweises.
Oeffentliche Urkunden II. 45. 51—55. 57. 60. 62. 63. 208—214. 218.
Offenbarungseid s. Manifestationseid.
Offensivproceß im canon. Inquisitionsverfahren I 38. 46. 120.

Oppositiones contra pers. et dicta testium s. exceptiones c. p. e. d. t.
Ordale I. 102.
Ordentliches Verfahren I. 15. 16.
Original der Urkunde II. 47. 61. 194. 196. 207. 226.

P.

Parteienvertreter, Zeugnißunfähigkeit derselben II. 17.
Pia causa, Privilegium derselben bei der Urkundenedition II. 202.
Positionen, Positionalverfahren I. 38. 39. 71—74. 90. 114. II. 67[14]. 120. 123. 127. 128. 213. 214.
Praesumtiones s. Vermutungen.
Privaturkunden II. 51. 56. 57. 60. 62. 63. 214 u. ff. 313. 314.
Privilegien, Beweis derselben im Processe 41—43. 46.
Probatio ad (in) perpetuam memoriam s. Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse.
Probatio per aequipollens II. 93[2].
Probatio pro evitando perjurio II. 257 bis 259.
Probatio pro exoneranda conscientia s. Gewissensvertretung.
Proceßleitung II. 3. 4. 108. 112. 113. 116. 125. 137—139. 170. 171. 194. 276[1]. 287.
Procuratoren I. 72. 77.
Production der Beweismittel I. 119. II. 120. 122. 123. 129—131. 141—148. 167. 168. 193 u. ff. 206—208. 220. 221 228. 232.
Promovens s. prosequens inquisitionem s. inquisitor. Strafverfahren.
Protestation II. 131. 136. 137. 139 bis 141. 170. 171. 177. 220.
Protocoll über die Proceßverhandlungen I. 72. 116. 120. II. 110. 113. 163. 186. 207. 223. 264.
Publication der Zeugenaussage II. 167 bis 170. 177. 178.
Purgatio canonica I. 22. 33. 66. 102. 110. 123. II. 69. 86. 87. 275. 276.

Q.

Qualificirtes Geständniß. I. 70. 90—92.
Quasipublica documenta II. 45. 53. 54.

R.

Rationes domesticae II. 200. 201.
Realproduction II. 142. 143. 150. 153—156. 232. 233.
Receptio testium II. 156 u. ff.
Rechtsfiction I. 58.
Rechtssätze, Beweis derselben im Processe I. 35. 36. 39—43.
Rechtsvermutung I. 57—59. 61—65. 134. 135.
Recognition der Urkunden, Recognitionspflicht II. 214.
Recusation der Eidesdelation II. 238—250.
Referens sine relato (instrumentum) II. 58.
Reinigungseid I. 109. 110. 127. 137. II. 68. 69. 79. 86. 87. 270—272.
Relation des Schiedseides II. 250—254; Relationsbefugniß II. 81. 82. 251—254; Relationsfähigkeit II. 80—84.
Relevanz der Beweisführung, resp. der zu beweisenden Thatsache I. 37. II. 107. 108. 131. 133. 194. 209. 277. 278. 281. 282. 286. 287.
Renuntiatio productioni testium, probationibus II. 169. 170.
Reprobatio s. Gegenbeweis.
Requisition eines andern Richters II. 134. 138. 140. 141. 159. 163. 256.
Reservation von Einwendungen gegen die Beweisführung s. Protestation.
Responsionen s. Positionen.
Richtergehilfen, Auffassung der Sachverständigen als II. 30. 33. 34. 35. 189. 190. 191.
Rubricae beim Zeugenbeweise II. 173.

S.

Sachverständige I. 105. 110. 111. 126. 127. 137. II. 2. 3. 29 u. ff. 110. 183 u. ff. 216. 304 u. ff.
Sachverständigeneid II. 36. 37. 76.
Salvation II. 170—174. 221.
Schätzungseid II. 70. 79. 273—275. 316. 317.
Scheidungsproceß I. 131. 132. II. 87. 88. 90. 91.
Schiedseid II. 66. 67. 228—268. 315 bis 317.
Schiedsrichter, Verfahren vor dem kirchlichen I. 16.

Schriftlichkeit des Verfahrens II. 112.
Schwägerschaft, Einfluß derselben auf die Beweiskraft der Zeugenaussage II. 15.
Sclaven, Zeugnißunfähigkeit derf. II. 12.
Scriptura probat contra scribentem II. 311.
Scriptura propria nihil probat II. 312.
Sententia ex informata conscientia I. 6. 15. 16.
Sicherung der Beweismittel s. Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse.
Singularitas testium II. 296. 297.
Sistirung der Zeugen II. 142.
Spirituelle Angelegenheiten, Verfahren in I. 7. 10. 11. 33. 34. 46. 66. 98. 99. 123 129 u. ff. II. 87—91. 119. 182. 183. 191. 192. 227. 228. 276. 284. 285. 288. 289.
Stadien der Proceßverhandlung I. 113—116. 120—122. 138—140. II. 113. 118. 120. 142. 180. 221. 283.
Statutarrechtliche Normen, Beweis derselben im Proceße I. 41. 46.
Strafverfahren canon. I. 6. 7—16. und s. accusatorisches und inquisitorisches Strafverf.
Streitgenossen, Eidesdelation an II. 231. 232.
Stumme, Unfähigkeit derselben zur Zeugenaussage II. 8[12].
Subject des Beweises s. Beweislast.
Subsidiarität des Eides II. 76. 77. 280.
Substantialtermine II. 128. 131. 208.
Summarisches Verfahren I. 15. 16.
Syndici juristischer Personen I. 72. 77.

T.

Taubheit, Einfluß derselben auf die Zeugnißfähigkeit II. 8.
Terminus ad articulandum II. 128. 131. 208; — ad dandum interrogatoria II. 132; — ad dicendum contra articulos II. 128. 131; — ad opponendum contra pers. et contra dicta testium II. 168; — ad ponendum II. 128; — ad probandum s. Beweistermin; — ad producendum documenta II 193; — ad producendum testes II. 125. 126; — ad publicandum testes II. 167; — ad respondendum positionibus II. 128.
Testes reprobatorii II. 172; — singulares. s. Singularitas testium.
Testimonium domesticum II 16.
Tod des Eidespflichtigen vor Ablegung des Eides II. 265—267.
Trunkenheit, Einfluß derselben auf die Zeugnißfähigkeit II. 9; — auf die Eidesfähigkeit II. 78.
Tutoren I. 72. 77. II. 232.

U.

Ueberzeugungsbildung I. 103. 104.
Unbekannte, Beweiskraft ihrer Zeugenaussage II. 13.
Unechtheitsbeweis II. 212. 217.
Unfähigkeitsgründe bei Zeugen II. 7 u. ff; — bei Sachverständigen II. 34—36.
Ungläubige, Zeugnißunfähigkeit derselben II. 12.
Unmündigkeit, Einfluß derselben auf die Zeugnißfähigkeit II. 9. 10; — auf die Eidesfähigkeit II. 78. 81.
Unterfertigung der Urkunde II. 47. 48. 49. 215.
Untersuchungsprincip I. 9. 10. 11. 96. 102. 130. 131[1]. s. dazu inquisitorisches Strafverfahren.
Unwahrscheinlichkeit der zu beweisenden Thatsache I. 43.
Urkunden, Urkundenbeweis I. 106. 107. 109. 127. 137. II. 39—68. 192 bis 228. 308—315.
Urkundenedition s. Edition.
Urkundenform II. 59—61. 217. 219.
Urkundeninhalt II. 41. 42. 50—59. 219. 220. 310—312.
Usuraria pravitas II. 204.

V.

Verbrecher, Zeugnißunfähigkeit derselben II. 13.
Verdachtsgründe bei Zeugen II. 7 u. ff. 302; — bei Sachverständigen II. 34—36.
Vergleichscharakter des Schiedseides II. 66. 80. 83. 86 254. 255.
Vergleichseid II. 64. 66.
Vergleichung der Handschriften s. Comparatio litterarum.
Verhandlungsprincip I. 9. 10. 11. 130. 131[1].
Veritätseid I. 72. II. 71—76.
Verlobte, Beweiskraft ihrer Zeugenaussage für oder gegen einander II. 15. 16.

Verlust der Urkunde II. 196. 197.
Vermutungen I. 54—66. 134. II. 98 bis 95.
Vernehmung der Zeugen s. Zeugenverhör; — der Sachverständigen II. 185—189.
Verpflichtung zur Function als Sachverständiger II. 38. 39.
Vertheidigung im Strafverfahren II. 116. 117. 119. 181. 182. 190 191. 226. 284.
Vertreter der Parteien im Processe I. 72. 77. 78. 92. 93. II 232. 259. 260.
Verwandtschaft, Einfluß derselben auf die Beweiskraft der Zeugenaussage II 14. 15.
Verweigerung des Eides s. Eidesverweigerung.
Vidimirte Abschriften s. Beglaubigte Abschriften.
Vinculargroceß I. 130. 132. II. 87—90.
Vitia visibilia bei Urkunden II. 47—50. 59. 60. 217—219. 309. 310 314.
Volkskundigkeit I. 50. 54.
Vorbereitung zur Eidesleistung II. 78. 256. 257.

W.

Wahnsinn, Einfluß desselben auf die Zeugnißfähigkeit II. 9; — auf die Eidesfähigkeit II. 78.
Wahrheitseid s. Veritätseid.
Wahrscheinlichkeitsgründe I. 55.
Wechsler, Verbindlichkeit derselben zur Urkundenedition II. 204
Weisartikel s. Beweisartikel.
Widerruf der Eidesdelation II. 233; — des Geständnisses I. 78. 92—95. 98.
Wissensgrund bei der Zeugenaussage II. 25. 161.
Wucherer, Verbindlichkeit derselben zur Edition ihrer Rechnungsbücher II. 204.
Würderungseid s. Schätzungseid.
Würdigung des Resultates der Beweisführung I. 123—128. 140. 141. II. 151. 152. 154. 155. 278—281. 290—322.

Z.

Zal der Zeugen II. 137. 138. 291—302.
Zeugen, Zeugenbeweis I. 105. 109. 126. 137. II. 5-29. 119—183. 291 bis 304.
Zeugenbenennung s. denominatio testium.
Zeugeneid II. 22[68]. 76.
Zeugenrotulus II. 173.
Zeugenverhör II. 133. 156. 159—167.
Zeugnißpflicht II. 26. 27.
Zeugnißurkunden II. 41. 42. 52 u. ff. 313. 314.
Zeugnißzwang II. 27. 28.
Zugeschobener Eid s. Schiedseid.
Zulassung zur Vernehmung als Zeuge II. 18—20; — als Sachverständiger II. 36.
Zurückschiebung des Schiedseides s. Relation des Schiedseides.
Zwang beim Geständnisse I. 78.

Von demselben Herrn Verfasser ist früher erschienen:

Die Beweistheorie im canonischen Proceß

mit besonderer Rücksicht auf die Fortentwicklung derselben im gemeinen deutschen Civilproceß.

1. Allgemeiner Theil. Wien 1867. Preis 2. fl. ö. W.

Ordo judiciarius

pars summae legum et tractatus de praescriptione.

Herausgegeben von **Dr. C. Groß.** Innsbruck 1870. fl. 3 ö. W.

In unserm Verlage ist ferner erschienen:

Die Summa Magistri Rolandi

nachmals Papstes Alexander III. Nebst einem Anhange:

Incerti auctoris questiones.

Herausgegeben von **Dr. Fr. Thaner.** 8°. 1874. Preis fl. 4. ö. W.

Das päpstliche Vordecretalen-Gesandtschaftsrecht.

Eine canonische Untersuchung von

Dr. H. C. Lucardo.

8°. 1878. Preis 80 kr. ö. W.

Die streitige Papstwahl des Jahres 1130.

Von

Dr. E. Mühlbacher.

8°. 1876. Preis fl. 2. 80 kr. ö. W.

Die Statuten

der ältesten bekannten Synode von Brixen

des Jahres 1511.

Herausgegeben von **Ludwig Rapp.** 8°. 1878. Preis 40 kr. ö. W.

Wagner'sche Universitäts-Buchhandlung

in Innsbruck.

Das

Beweisverfahren

im canonischen Proceß

mit besonderer Rücksicht auf die Fortentwicklung desselben im gemeinen deutschen Civilproceß.

Von

Dr. Carl Groß,

k. k. Regierungsrath und o. ö. Professor der Rechte an der k. k. Universität in Graz.

Innsbruck.
Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung.
1880.